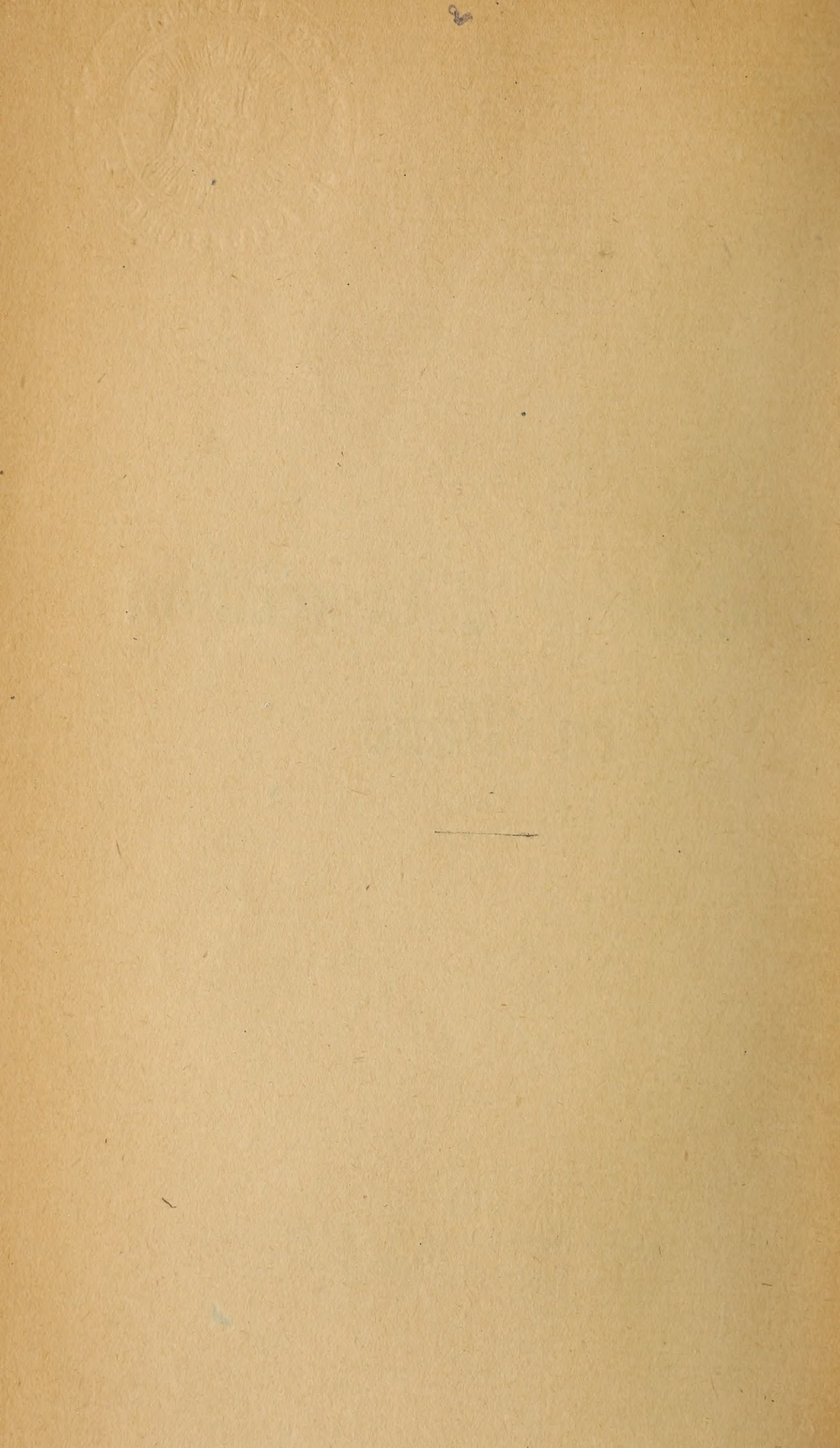

3 1761 09373496 0

ADOLPHE CHOTEAU
DOCTEUR EN DROIT
Lauréat de la Faculté de Droit de Paris
(2 Prix)

Le Contrat d'Association en Italie

LILLE
IMPRIMERIE G. SAUTAI
46, Rue Gauthier-de-Châtillon



A LA MÉMOIRE DE MON GRAND-PÈRE

A MES PARENTS

4

ABREVIATIONS

A. G. : Archivio giuridico.
Cass. : Cour de Cassation.
C. tor. : Cassazione torinense.
D. G. : Diritto e Giurisprudenza.
D. comm. : Il Diritto commerciale.
F. : Filangieri.
F. I. : Foro italiano.
G. I. : Giurisprudenza italiana.
G. L. : Giurisprudenza-Legge.
G. tor. : Giurisprudenza torinense.
L. : Legge.
M. T. : Monitore dei Tribunali.
R. d. civ. : Rivista di diritto civile.
R. d. comm. : Rivista di diritto commerciale.
R. I. : Rivista italiana per le scienze giuridiche.
R. P. : Rivista prattica di dottrina e di giurisprudenza

BIBLIOGRAPHIE (*a*)

— ABELLO : cf. Chironi e Abello.

— D'AMELIO : Sulla capacita giuridica degli enti di fatto ; dans *Rivista di diritto pubblico*, 1909, II p. 42 et sq.

— AMBROSINI : Estinzione della personalita giuridica delle confraternite trasformate ; dans *Giurisprudenza-Legge*, 1914.

— ASCOLI : Sul contratto collettivo di lavoro ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1903, I, p. 95 et sq.

— *ASCOLI : Disposizioni a favore di enti religiosi soppressi mediante interposizione di persona ; dans *Rivista di diritto civile*, 1909, p. 251 et sq., 409 et sq.

— ASCOLI : Note sur le décret-loi du 25 juillet 1915 ; dans *Rivista di diritto civile*, 1915, p. 541.

— ASCOLI e CAMMEO : Note alla traduzione italiana del Crome, Parte generale del diritto privato francese moderno ; 1906.

— *AUBRY et RAU : Cours de droit civil français, 4e édition.

— BARASSI : Sottiscrizione pubblica, promotori, oblatori...; dans *Archivio giuridico*, 1902, II, p. 189 et sq.

— BARASSI : Societa commerciali e societa civili ; dans *Archivio giuridico*, 1902, II, p. 180 et sq.

(*a*) L'astérisque indique, parmi les ouvrages d'un auteur celui que nous citons le plus souvent, et auquel le lecteur voudra bien se reporter quand nos citations renverront à un auteur sans spécifier l'ouvrage.

— Barde : cf. Baudry-Lacantinerie.
— Barsotti : La capacita processuale delle associazioni private di personalita giuridica ; dans *Cassazione Firenze*, 1906.
— Baudry-Lacantinerie et Barde : Des obligations, 4 vol., 3e édit., 1906.
— Baudry-Lacantinerie et Wahl : De la société, 3e édit., 1907.
— Baudry-Lacantinerie et Wahl : Du mandat, 3e édit., 1907.
— Béjanin : De la capacité juridique des associations d'après la loi du 1er juillet 1901, Thèse Paris, 1904.
— Bertola : Comunita religiose e frodi pie nel diritto francese e nel diritto italiano ; dans *Foro italiano*, 1913, I, p. 1381 et sq.
— *Bianchi : Corso di diritto civile.
— Blackstone : Jurisprudence.
— Boistel : Précis de droit commercial.
— *Bolaffio : Societa commerciali e societa cooperative (compte-rendu de Manara : Delle societa di commercio irregolari e del loro fallimento) ; dans *Diritto e Giurisprudenza*, 15e année. (Nous citons l'extrait).
— Bolaffio : Note sous Cassation Florence, 28 novembre 1907 ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1908, II, p. 114 et sq.
— Bolchini : Le pubbliche sottoscrizioni nel diritto privato, 1903.
— *Bolchini : Ancora sulle pubbliche sottoscrizioni ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1906, I, p. 445 et sq.
— Bonelli : La personalita giuridica dei beni in liquidazione giudiziale ; dans *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1889.
— Bonelli : Fallimento.
— *Bonelli : I concetti di comunione e di personalita

nella teorica delle societa commerciali ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1903, I, p. 285 et sq.

— BONELLI : La teoria della persona giuridica ; dans *Rivista di diritto civile*, 1910, p. 445 et sq., 593 et sq.

— BONELLI : Personalita e comunione ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1913, I, p. 733 et sq.

— *BRUGI : Modi e limiti in cui risponde un comitato per obbligazioni derivanti da contratti con terzi, anche se stipulati dal solo presidente ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1906, II, p. 235 et sq.

— BRUGI : Compte-rendu de Giovene, Le associazioni di fatto nel diritto privato ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1915, I, p. 868 et sq.

— CAMMEO : cf. Ascoli e Cammeo.

— *CAPITANT : Introduction à l'étude du droit civil, édit. 1912.

— *CARNELLUTTI : Personalita giuridica e autonomia patrimoniale nella societa e nella comunione ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1913, I, p. 86 et sq.

— *CHIOVENDA : Principii di diritto processuale civile, 2e édit., 1908-13.

— *CHIRONI : La personalita giuridica delle associazioni; dans *Legge*, 1901, p. 176 et sq.

— CHIRONI : La personalita giuridica delle associazioni; dans *Legge*, 1909, p. 1489 et sq.

— *CHIRONI et ABELLO : Trattato di diritto civile italiano, 2 vol., 1904.

— CLAMAGERAN : Des communautés religieuses non autorisées ; dans *Revue pratique de droit français*, 1857, tome III, p. 3 et sq.

— COLIN et CAPITANT : Cours élémentaire de droit civil, 3 vol., 2e édit.

— Guy COQUILLE : Coutume de Nivernais.

— L. Coviello : La quota indivisa e la sua inespropropriabilita.

— N. Coviello : La Trascrizione ; (dans la collection *Il diritto civile italiano*, de Fiore).

— N. Coviello : La Chiesa cattolica e le disposizioni testamentarie in suo favore ; dans *Giurisprudenza italiana*, 1901, iv.

— *N. Coviello : Manuale di diritto civile italiano, 1910.

— *Crome : cf. Ascoli e Cammeo.

— Degni : Compte-rendu de Giovene, Le associazioni di fatto nel diritto privato ; dans *Rivista di diritto civile*, 1915, p. 430.

— Domat : Les lois civiles dans leur ordre naturel.

— Eyquem : Essai sur la capacité des associations avant et après la loi du 1er juillet 1901, Thèse Bordeaux, 1903.

— Fadda : Nazionalita delle persone giuridiche.

— Fadda : Corso di diritto romano, 1908-9 : Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico.

— Fadda : Alcune osservazioni sulle associazioni non riconosciute ; dans *Rivista prattica di dottrina e di giurisprudenza*, 1904, p. 385 et sq.

— *Fadda e Bensa : Note alla traduzione italiana delle Pandette di Windscheid, 2 vol., 1902-4.

— *Faggella : Il riconoscimento legale delle corporazioni e delle fondazioni ; dans *Giurisprudenza italiana*, 1913, iv, p. 1 et sq.

— Fedozzi : Gli enti collettivi nel diritto internazionale privato.

— Ferrara : I negozi fiduciari ; dans *Studi in onore di V. Sialoja*, 1905, tome ii, p. 745 et sq.

— Ferrara : Compte-rendu de « Le pubbliche sotto-

scrizioni », de Bolchini ; dans *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1905, p. 391 et sq.

— FERRARA : Indole giuridica della societa civile ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1909, I, p. 517 et sq.

— FERRARA : La personalita giuridica delle societa di commercio ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1910, I, p. 94 et sq.

— FERRARA : Patrimoni sotto amministrazione ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1912, I, p. 317 et sq.

— *FERRARA : Teoria delle persone giuridiche, 1915 ; (dans la collection *Il diritto civile italiano*, de Fiore).

— FIORE : Diritto internazionale.

— GABBA : Note sous Cassation Rome, 19 février 1879, dans *Giurisprudenza italiana*, 1879, I, p. 680.

— GABBA : Donazioni e lasciti per interposta persona a comunita o associazioni religiose ; dans ses *Nuove questioni di diritto civile*, 1906, tome II, p. 73 et sq.

— *GÉNY : Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899.

— GIANTURCO : Delle fiducie nel diritto civile italiano, 1881.

— GIERKE : *Vereine ohne Rechtsfähigkeit*, 2e édit., 1902.

— *GIORGI : La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali, édit. 1889, 6 vol., 5e et 6e vol. éd. 1899-1902.

— GIORGI : Note au Foro italiano, 1891, I, p. 21 et sq.

— GIOVENE : Ancora sulla natura giuridica dei comitati ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1914, II, p. 1 et sq.

— *GIOVENE : Le associazioni di fatto nel diritto privato, 1914.

— GOLDSCHMIDT : System des Handelsrechts, 3e édit.

— GRUNEBAUM, etc. : Série d'études sur le droit d'association dans les législations étrangères. Enquête du Conseil d'Etat, 1899 (*Législation italienne*, par Grunebaum, p. 151-188).

— GRUNEBAUM-BALLIN : La séparation des Eglises et de l'Etat, 1905.

— HAURIOU : Précis de droit, administratif, 1re et 5e édit.

— HAYEM : Domaines respectifs de l'association et de la société, Thèse Paris, 1897.

— *HAYEM : Etude historique et critique de la législation et de la jurisprudence concernant les sociétés civiles, 1911.

— VAN DEN HEUVEL : De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique, 1884.

— *HÉMARD : Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait, 1902.

— IHERING : Ein Rectsgutachten bettreffend die Gâubahn ; dans *Iherings Jahrbücher*, XVIII, 1880, p. 1 et sq.

— JELLINEK : Allgemeine Staatslehre.

— LACOUR : Précis de droit commercial, 1921.

— *LAURENT : Principes de droit civil français.

— *LESSONA : I diritti dei soci nelle associazioni private ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1910, I, p. 378 et sq.

— LÉVY-ULLMANN : Note au Sirey, 1901, I, p. 225.

— *LÉVY-ULLMANN : La personnalité morale en droit comparé ; cours professé à Paris, 1917-8.

— LÉVY-ULLMANN : Les notions fondamentales du droit civil anglais ; cours professé à Paris, 1920-1.

— C. LONGO : Compte-rendu de Faggella, Il riconosci-

mento legale delle corporazioni e delle fondazioni; dans *Rivista di diritto civile*, 1913, p. 422.

— *Losana : Le successioni testamentarie secondo il codice civile italiano, 1881.

— Luzzatto : La comproprieta nel diritto italiano, 1908.

— Lyon-Caen et Renault : Traité de droit commercial, 8 vol., 4e édit.

— *Manara : Delle societa di commercio irregolari e del loro fallimento ; dans *Giurisprudenza italiana*, 1897. (Nous citons l'extrait).

— Manara : Le societa cooperative nel vigente codice di commercio, dans *Giurisprudenza italiana*, 1898. (Nous citons l'extrait).

— Manara : Trattato delle societa e associazoni commerciali, 1903, 2 vol.

— Manara : Note sous Cassation Florence, 4 avril 1907; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1907, II, p. 505 et sq.

— Manara : La pretesa imponibilita del sopraprezzo nelle azioni di nuova emissione e la pretesa personalita giuridica delle societa commerciali, 1911.

— Manara : La questione sulla imponibilita del sopraprezzo nella dottrina belga contemporanea ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1913, I, p. 1023 et sq.

— Manara : Note sous Appel Gênes, 17 mars 1916; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1916, II, p. 869 et sq.

— Manente : Concetto della communio; dans *Filangieri* 1894.

— *Margat : De la condition juridique des associations non déclarées ; dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p. 235 et sq.

— Margat : De la capacité des associations déclarées ; dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, p. 5 et sq.

— Masse : Caractère judirique de la communauté entre époux, Thèse Paris, 1902.

— Messina : I contratti di tariffa nello ordinamento giuridico del lavoro ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1904, i, p. 458 et sq.

— Meynial : Note au Sirey, 1892, i, p. 498.

— *Michoud : Théorie de la personnalité morale, 2 vol., 1906-9.

— Mongin : Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité ; dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1890, p. 697 et sq.

— Montessori : Sui contratti di tariffa (compte-rendu de Rundstein, die Tarifverträge im französischen Privatrecht) ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1906, i, p. 277 et sq.

— *Mortara : Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, 5 vol.

— Mortara : Conclusions, en note sous Cassation Rome 23 mars 1908 ; dans *Foro italiano*, 1908, i, p. 401 et et sq.

— Navarrini : Societa di commercio e proprieta in mano comune : dans *Diritto commerciale*, 1901. (Nous citons l'extrait).

— *Navarrini : compte-rendu de Manara, Le societa e associazioni commerciali ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1903, i, p. 248 et sq.

— Navarrini : Societa e associazioni commerciali.

— Oertmann : Kommentar, Allgemeine Theil.

— E. Ollivier : Des congrégations religieuses non autorisées ; dans *Revue pratique de droit français*, 1858, tome v, p. 97 et sq.

— *Pacchioni : Modi e limiti in cui risponde un comitato per obbligazioni derivanti da contratti con terzi, anche se stipulati dal solo presidente ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1907, ii, p. 249 et sq.

— Perozzi : Saggio critico della teoria della comproprieta ; dans *Filangieri*, 1890.
— Planiol : Traité élémentaire de droit civil, 6e édit., 3 vol.
— *Polacco : Le obbligazioni nel diritto civile italiano, 2e édit., 1914, 2 vol.
— Pothier : De la société.
— Quarta : L'interrogatorio ed il giuramento nei rapporti delle persone giuridiche, 1900.
— Regelsberger : Pandekten.
— *Rodino : Capacita giuridica delle associazioni di mutuo soccorso non riconosciute ed in genere delle libere associazioni lecite in virtu dello Statuto fondamentale del Regno ; dans *Archivio giuridico*, 1893, p. 173 et sq.
— Rodino : Le cooperative di consumo et gli atti di commercio ; dans *Diritto commerciale*, 1897, p. 669 et sq.
— *de Ruggiero : Istituzioni di diritto civile, 1911, 2 vol.
— *de Ruggiero : L'illiceita della fiducia testamentaria ; dans *Rivista di diritto civile*, 1913, p. 433 et sq.
— Saleilles : Note au Sirey, 1894, ii, p. 185.
— *Saleilles : Histoire des sociétés en commandite ; dans *Annales de droit commercial*, 1895, p. 10 et sq, 49 et sq ; 1897, p. 29 et sq.
— Salemi : Concetto e contenuto giuridico dell' associazione, 1909.
— Saredo : Digesto italiano.
— *Schiappoli : Manuale di diritto ecclesiastico, édit. 1902 et 1913.
— *V. Scialoja : Résumé de Ihering, Ein Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn ; dans *Archivio giuridico*, XXV, 1880, p. 473 et sq.

— V. Scialoja : Résumé de Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts ; dans *Archivio giuridico*, 1880, p. 490 et sq.

— V. Scialoja : Diritto delle obligazioni, lezione universitaria, 1898-9.

— Segré : Studi sul concetto del negozio giuridico secondo il diritto romano e secondo il nuovo diritto germanico ; dans *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1900, i, p. 1 et sq.

— *Simoncelli : Note sous Cassation Rome 23 mars 1908; dans *Foro italiano*, 1908, i, p. 554 et sq.

— Simoncelli : La frode pia ; dans *Studi in onore di E. Pessina*, t. ii, p. 81 et sq.

— Sraffa : Note sous tribunal Turin 3 juin 1914 et tribunal Trani 27 février 1914 ; dans *Rivista di diritto commerciale*, 1914, ii, p. 908 et sq.

— *Strani : Un preteso caso di danno morale per l'espulsione di un socio da un circolo di divertimento, 1915.

— Tartufari : Della rappresentanza nella conclusione dei contratti ; dans Archivio giuridico, 1889-90-91, tomes 43 à 46.

— *Tartufari : Dei comitati considerati nei rapporti interni ed esterni ; note sous Appel Florence 13 janvier 1906 ; dans *Foro italiano*, 1907, i, p. 234 et sq.

— Thaller : Note au Dalloz, 1893, i, p. 106.

— *Thaller : Traité de droit commercial, 2e et 3e édit.

— Thiry : Des rapports existant dans les sociétés civiles entre les associés et les tiers ; dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1855, p. 289 et sq.

— Trouillot et Chapsal : Commentaire de la loi du 1er juillet 1901 ; dans les *Lois nouvelles*, 1901, p. 95 et sq.

— *Trouillot et Chapsal : Du contrat d'association, 1902.

— de Valles : La condizione giuridica e processuale degli enti di fatto ; dans *Rivista di diritto civile*, 1918, p. 1 et sq.

— Vandernotte : Droits des créanciers d'une société sur les biens sociaux ; dans *Annales de droit commercial*, 1898, p. 437 et sq.

— de Vareilles-Sommières : Le Contrat d'association, 1891.

— *de Vareilles-Sommières : Personnes morales, 1902.

— Venezian : Usufrutto (dans la collection Il diritto civile italiano, de Fiore).

— *Vitali : Delle successioni (dans la collection Il diritto civile italiano, de Fiore, édit. 1893).

— *Vivante : Trattato di diritto commerciale, 4 volumes, 1re et 3e édit. (Nous renvoyons à la traduction Escarra sur la 3e édit.).

— Wahl : cf Baudry-Lacantinerie.

Le Contrat d'Association en Italie

PREFACE

Nous nous proposons d'étudier le contrat d'association dans le droit positif italien contemporain.

L'association peut obtenir en Italie la personnalité morale, en principe par concession gouvernementale : nous rappellerons les conditions de cette reconnaissance de personnalité. Une fois « *reconnue* », l'association obéit aux règles des personnes morales ; elle échappera, à ce titre, à notre étude : car la question que nous voulons poser ici est celle de la nature juridique des associations qui n'ont pas demandé ou obtenu la personnalité, l'association étant libre en Italie. Quels seront alors les effets d'un tel contrat ? Quels rapports en découleront entre les associés ? Comment l'association entrera-t-elle en rapports juridiques avec les tiers et quels seront ces rapports ?

Aucun contrat, peut-être, dans les législations modernes, n'a soulevé plus de controverses, et n'offre pour sa réglementation plus d'incertitudes. L'état chaotique de la doctrine et de la jurisprudence françaises d'avant la loi de 1901 n'a pas cessé complètement, depuis lors, et la bataille s'est transportée sur le terrain de l'association non déclarée. En Allemagne, l'article 54 du Code civil, qui soumet les associations non reconnues comme

personnes juridiques aux règles de la société, n'a pas eu meilleure fortune : ce texte, qui semble si clair, n'a pas empêché la majorité de la doctrine de soustraire l'association à cette assimilation. Le problème se pose en Italie de la manière la plus propice à une solution conforme aux principes généraux du droit, grâce à la proclamation incontestée de la liberté d'association d'une part, contrairement à notre ancienne législation ; grâce aussi à l'absence d'un texte spécial, comme notre loi de 1901, réglementant la matière en termes trop sommaires pour résoudre le problème et assez équivoques pour engendrer des préjugés chez l'interprète : le droit italien apparaît comme un terrain d'élection pour l'élaboration du statut du contrat d'association ; et peut-être l'interprète français y trouvera-t-il quelque lumière pour se guider dans l'épineux sujet des associations non déclarées.

Trois opinions fondamentales se disputent la réglementation de l'association non reconnue comme personne morale. Dans la première, on dénie au contrat d'association tout effet juridique : c'est la thèse longtemps soutenue en France et en Belgique, mais qui n'a guère eu de fauteurs en Italie. Une autre ne voit dans l'association que les individus qui en sont membres envisagés *ut singuli*, et applique à l'association les règles qui gouvernent la situation de plusieurs personnes s'engageant respectivement entre elles et entrant conjointement en rapports avec les tiers. Une dernière attribue au contrat d'association la vertu d'engendrer une entité, un groupement autonome, doué d'une vie indépendante de celle de ses membres, et aboutit à doter l'association d'une réglementation très voisine de celle de la personne morale.

Disons tout de suite que c'est à la seconde de ces tendances, d'après laquelle il y a dans l'association la

somme de ses membres, mais rien de plus, que nous semble conduire l'application des principes généraux du droit positif italièn, et telle est l'opinion dominante dans la doctrine italienne. Mais ce n'est pas à dire que la réglementation qui en découle satisfasse toujours pleinement aux besoins de la pratique : celle-ci réclame, au contraire, pour l'association un patrimoine et une existence autonomes qui l'affranchissent de la dépendance étroite des membres qui la composent, et nous aurons plus d'une fois à déplorer que la règle juridique n'embrasse pas toujours assez étroitement la réalité sociale ; sans doute, notre plan nous maintiendra constamment dans la recherche des solutions que commande le droit positif, mais ce point de vue ne nous condamnera pas à mettre des œillères qui nous empêcheraient, chemin faisant, d'apercevoir pour l'association une voié plus unie et plus sûre.

Ainsi, nous tâcherons de déterminer les règles juridiques gouvernant en Italie le contrat d'association, la nature et le régime légal de ce contrat ; l'application des principes, ainsi dégagés, aux rapports internes et externes de l'association suivra naturellement.

On s'étonnera peut-être de la place prépondérante accordée ici à la doctrine. Mais n'avons-nous pas dit que tout, dans notre contrat, est sujet d'incertitude et de controverse : on risquerait de s'égarer à prendre pour mentor la jurispjrudence dans une telle matière. Au reste, le lecteur français se souviendra de l'immense crédit que gardent les théories de l'Ecole au pays de Bartole, où les opinions des auteurs continuent souvent à s'affronter jusque dans les considérants des arrêts, et où l'expression « *jurisprudence* » englobe aussi bien les opinions doctrinales que les décisions judiciaires. Par ailleurs, la multiplicité des Cours de cassation italien-

nes ne leur permet-elle pas de jouer le même rôle régulateur que notre Cour suprême.

Une remarque, que nous aurons l'occasion d'approfondir, s'impose encore au seuil de notre étude : elle concerne la compréhension du terme même « association » en droit italien. Ici, pas de définition légale de l'association comme dans notre loi de 1901 ; et si beaucoup d'auteurs désignent sous ce vocable, comme en France, tout groupement à but non lucratif, d'autres, cependant, n'y font rentrer que les seuls groupements ouverts à tous, par opposition aux groupements fermés entre un nombre déterminé de personnes ; nous envisagerons parallèlement les groupements à but non lucratifs fermés et ouverts, autrement dit le contrat d'association au sens proprement français; l'observation, toutefois, n'était peut-être pas inopportune, si, comme nous le pensons, les deux sortes de groupements ne laissent pas d'appeler une réglementation souvent divergente.

PREMIÈRE PARTIE

Nature et Régime légal de l'association

Chapitre Premier

Liberté de l'Association en Italie

N° 1. Les textes et leur interprétation.

N° 1. La liberté d'association est un principe incontesté en Italie et qu'on s'accorde à placer sous la sauvegarde de la constitution même. Le *Statut sarde,* constitution accordée à Turin par Charles-Albert le 4 mars 1848 sous la pression des libéraux, confirmée par son fils Victor-Emmanuel, et qui devint par la suite la Constitution ou *Statut fondamental du Royaume* d'Italie, proclame en son article 32 « le droit de se réunir pacifiquement et sans armes en se conformant aux lois qui en peuvent régler l'exercice dans l'intérêt public ». A vrai dire, on ne voit guère que ce texte garantisse la liberté d'association : il vise le droit de réunion, qui est tout autre ; toutefois, nous dit un interprète autorisé (1) « non seulement l'article 32 du Statut permet les réunions pacifiques, mais l'interprétation que

(1) *Giorgi : La dottina delle persone giuridiche o corpi morali,* 1889 ; tome Ier, p. 155.

le Parlement et les tribunaux ont donnée à cet article s'étend même à la réunion organisée (*adunanza ordinata*), c'est-à-dire avec chefs, assesseurs, conseillers et autres organes ; « et *Giorgi* invoque à l'appui des discussions à la Chambre des Députés des 3 et 4 avril 1879, et les arrêts de la Cour de Bologne du 13 décembre 1879 (2) et de la Cour de Cassation de Rome du 16 février 1880 (3) ; ce dernier arrêt fit sensation en refusant de prononcer la dissolution d'une association internationale de travaileurs,en arguant qu'elle s'était placée sous le *Statut sarde* et revendiquait donc à bon droit la liberté d'association. On a découvert un second fondement à cette liberté dans le décret du 26 septembre 1848, abrogeant le Code pénal sarde, dont les articles 483-486 assujettissaient l'association à une autorisation préalable (4) : puisque l'association a cessé d'être un délit, a-t-on dit, elle est licite ; la déduc- est sûre, mais ce qui l'est moins, au premier abord, c'est le caractère de garantie constitutionnelle reconnu à cette liberté sur la foi de l'article 32 du *Statut ;* les arguments mêmes invoqués par *Giorgi* pour étendre ce texte à l'association, décisions judiciaires et discussions parlementaires, ne sont peut-être pas décisifs : une interprétation judiciaire ne saurait valoir que pour l'espèce et les parties en cause, et l'interprétation par voie législative, outre qu'elle est inopérante en matière constitutionnelle, ne saurait résulter de simples discussions parlementaires, l'opinion unanime des législations s'en dégageât-elle, si celle-ci ne se traduit pas par un vote exprès. En réalité, il faut bien reconnaître

(2) cf. *Legge*, 1880, I, 53.

(3) cf. *Foro italiano*, 1880, II, 74.

(4) cf. *Lessona*, *I diritti dei soci nelle associazioni private*, dans *Rivista di diritto commerciale*, 1910, I p. 378.

que le *Statut du Royaume* et son article 32 ont été l'objet d'un effort d'interprétation auquel les considérations politiques ne sont pas restées étrangères : la monarchie de Savoie avait trop d'obligations envers les associations, les carbonari notamment, pour ne pas leur reconnaître, de plus ou moins bon gré, la liberté (5) ; les événements et les mœurs ont imposé aux textes cette complaisance, et il nous semble qu'on peut répéter ici, mot pour mot, ce que dit *Ferrara* à propos d'une question d'ailleurs tout autre (6) : « Nous assistons à la révélation d'une coutume juridique; et puisque nous sommes en matière de droit public, où la coutume est une source importante de droit, rien d'étonnant à ce que... notre principe... pénètre par cette voie ».

Concluons dons, avec la doctrine et la jurisprudence italiennes, que la liberté d'association est un droit garanti à tout citoyen par la Constitution italienne. Signalons, toutefois, les restrictions à cette liberté tirées de l'ordre public en général, et en particulier des articles 248-251 du Code pénal sur les associations de malfaiteurs (6 bis). Nous parlerons plus loin de la suppression du droit d'association à certains religieux, aux Jésuites notamment, lorsque nous examinerons la situation légale des congrégations religieuses et monastiques (cf. infra n° 5).

(5) cf. *Mr Lévy-Ullmann, à son cours sur la Personnalité morale en droit comparé, professé à Paris*, 1917-18.

(6) à propos de la responsabilité de l'Etat pour les actes d'autorité quon a voulu fonder sur l'art. 4 de la loi sur le contentieux administratif — cf *Ferrara, Teoria delle persone giuridiche*, 1915, pages 897-8, (dans la collection *il diritto civile italiano*, de *Fiore*).

(6 *bis*) cf. aussi article 134 — « Sans doute, la loi ne punit que le fait de s'associer en vue de commettre certains délits, non le fait de s'associer en vue de commettre un délit quelconque ; mais la liste des dispositions applicables à des associations illicites est encore assez longue : leur texte est extrèmement compréhensif » (*Grunebaum : Série d'études sur le droit d'association dans les législations étrangères. Enquête du Conseil d'Etat*, 1899, p. 161).

Chapitre II

L'Association peut obtenir en Italie le régime et les avantages de la personnalité morale

---

N° 2. Avantages de la personnalité morale. — N° 3. L'association peut obtenir la personnalité par la reconnaissance légale : art. 2 du Code civil. — Cette reconnaissance émane en principe du gouvernement : décret en Conseil d'Etat. — Concession implicite. — La personnalité ne peut s'acquérir par prescription. — Mais elle est acquise aux conditions exigées à l'époque de la naissance de l'association ; présomption de reconnaissance régulière. — L'association étrangère douée de personnalité est-elle assujettie en Italie à une reconnaissance nouvelle ? — N° 4. Pour les associations de certains types, la reconnaissance est simplement subordonnée à la constatation d'une constitution conforme à des lois particulières. — N° 5. Associations qui ont perdu la personnalité morale : les congrégations religieuses et les lois « de suppression ». — Associations (et institutions) « transformées » : les « opere pie » et la loi du 17 juillet 1890. — N° 6. Les associations dénuées de personnalité : objet propre de cette étude.

N° 2. Tout groupement, et surtout s'il est de quelque importance, tend naturellement à se présenter dans le commerce comme un tout organisé et distinct des personnes de ses membres : il aspire à l'autonomie de

son patrimoine, pour le soustraire à la sphère d'activité personnelle de ses membres et au gage des créanciers particuliers de ces derniers ; à une organisation, qui libère son activité du caprice individuel de tel ou tel membre ; à une stabilité, qui le rende insensible aux changements de son personnel par suite de mort ou de retrait. Cette existence indépendante, organisée et durable, le droit moderne des Latins ne la conçoit pas volontiers sous une autre forme que celle de la personnalité morale : c'est-à-dire qu'il la réalise en attribuant au groupement la qualité de sujet de droits autonome, au même titre qu'à une personne physique.

N° 3. L'association, en Italie, peut obtenir cette personnalité. L'article 2 du Code civil, s'inspirant de dispositions analogues du *Code albertin* et des lois napolitaines (7), attache cette personnalité à une concession de l'Etat : « Les communes, les provinces, les établissements publics ou ecclésiastiques, et en général tous les corps moraux légalement reconnus sont considérés comme personnes, et jouissent des droits civils conformément aux lois et usages observés comme droit public. » Mais qu'est-ce que cette reconnaissance légale? est-ce une reconnaissance par la loi, ope legis ? ou simplment une reconnaissance secundum legem, conforme à la loi ? Dans le rapport au Sénat sur l'article 2, il était expliqué qu'on laissait à des lois spéciales et aux usages le soin de déterminer l'autorité chargée de la reconnaissance (8) ; et, précisément, une coutume de droit public a désigné à cette tâche le pouvoir exécutif, qui s'en acquitte dans la forme d'un décret royal rendu

(7) cf M. *Lévy-Ullmann*, à son cours, cité.

(8) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 799.

en Conseil d'Etat (9) : « la Gazette officielle publie chaque semaine tant de décrets royaux de reconnaissance, nous dit plaisamment *Giorgi,* que les Chambres n'y suffiraient pas en y consacrant toute l'année. » (10) Et, sans doute, le contrôle du gouvernement ne porte pas seulement sur la légalité de l'association, mais aussi sur l'opportunité de la reconnaissance (11), et son pouvoir d'appréciation est « discrétionnaire » (12) ; mais le Conseil d'Etat s'est montré si libéral qu'aucune asociation ne se voit refuser la reconnaissance, et l'on se méprendrait étrangement si l'on assimilait cette reconnaissance légale à notre reconnaissance d'utilité publique. La différence n'est pas seulement de nom, car peu importe pour le Conseil d'Etat italien que le groupement soit ou non d'utilité publique : on a vu une association de chasse, un cercle de joueurs d'échecs (12 bis) obtenir la personnalité ; peu importe aussi le caractère éphémème du groupement : ainsi fut reconnu le comité italo-américain pour la célébration du quatrième centenaire de Christophe-Colomb (12 bis) ; peu importe enfin le manque de ressources actuelles. On voit combien la pratique a rendu aisée cette concession de personnalité, qu'on pourrait presque appeler, avec *Giorgi,* un enregistrement (13). Au reste, l'existence actuelle d'un patrimoine, l'utilité publique et la perpétuité d'un groupement ne sont généralement plus regardées par la doctrine contemporaine comme des conditions de la personnalité morale (14), et le Conseil

(9) cf. *Fadda et Bensa, Note alla traduzione italiana delle Pandette di Windscheid*, 1902-4, I, p. 816 et sq. — *Ferrara,* op. cit., p. 799.

(10) op. cit., I, p. 128.

(11) cf. *Giorgi,* op. cit., I, p. 131-2.

(12) *Ferrara,* op. cit., p. 800-1.

(12 bis) *Grunebaum,* op. cit., p. 170.

(13) cf. *Giorgi,* op. et loc. cit.

(14) cf. *Ferrara,* op. cit., p. 437-454.

d'Etat italien, en ne subordonnant pas à ces éléments la concession de la reconnaissance, est en harmonie avec les conclusions d'une analyse juridique mieux informée; l'expression « *corpo morale* », employée par l'article 2 du Code, et qu'on réservait volontiers à ce que nous appellerions en France les établissements publics et ceux d'utilité publique, n'a pas davantage arrêté le Conseil d'Etat. Le système italien est donc plus libéral en fait qu'en principe, et le système de la concession s'y rapproche singulièrement en pratique du système d'enregistrement pur et simple.

Par exception, c'est au législateur seul que revient le pouvoir d'accorder la reconnaissance, quand celle-ci s'accompagne de privilège exhorbitants du droit commun, tels que l'inscription forcée des associés, le droit de lever une contribution (15) : il en est ainsi, par exemple, des *università israelitiche,* reconnues comme corps moraux par la loi piémontaise du 4 juillet 1857, et qui comprennent tous les individus appartenant au culte israëlite et domiciliés dans un certain territoire (16). En sens inverse, une mesure de circonstance a remis à la décision du préfet la concession de la personnalité à certaines associations : nous voulons parler du décret-loi du 25 juillet 1915 sur les comités et associations pour l'assistance civile durant la guerre ; cette personnalité peut d'ailleurs être réduite à la capacité d'ester en justice pour obtenir des souscripteurs l'accomplissement de leur engagement (17).

Il est admis généralement que la reconnaissance de

(15) cf. *Giorgi*, op. cit., I, p. 133.

(16) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 394-5.

(17) Indépendamment même de cette restriction, *Ascoli* fait remarquer (*Rivista di diritto civile*, 1915, p. 541) que le décret-loi parle de capacité, non de personnalité ; mais sur la portée de cette distinction, cf. le paragraphe suivant au texte.

personnalité morale peut être effectuée par voie indirecte, si le décret, sans parler expressément de reconnaissance, approuve les statuts d'une association, ou l'autorise à acquérir des biens, ou à ester en justice, ou d'une manière générale s'il a un objet quelconque qui présuppose la reconnaissance de la capacité juridique (18).

Plus importante et plus épineuse aussi est la question de savoir si la reconnaissance peut être suppléée par une possession prolongée de personnalité ; c'est ainsi, du moins, que *Giorgi* pose la question ; et il la résout par l'affirmative, en s'appuyant sur les termes mêmes de l'article 2 du Code civil : « les corps moraux légalement reconnus sont considérés comme des personnes et jouissent des droits civils conformément aux lois et usages observés comme droit public » : un usage prolongé serait, au même titre que la loi, générateur des droits civils de l'association (19). Mais les auteurs se refusent avec ensemble à cette interprétation : « Le simple fait, dit *N. Coviello,* qu'un être, qui n'a pas été reconnu, a été cependant traité comme tel dans la pratique, même pendant très longtemps, ne peut valoir comme reconnaissance indirecte ; l'usage auquel se réfère l'article 2 du Code civil est la mesure des droits qui peuvent appartenir à la personne juridique, une fois légalement reconnue, mais non la source même de la capacité, dont au contraire l'existence est présupposée » (20). Et *Fadda et Bensa* (21) font remarquer que la version de *Giorgi,* « en rapportant à la recon-

(18) Dans ce sens, *Giorgi*, op. cit., I, p. 135 ; *Fadda et Bensa*, op. cit., I, p. 819 ; *N. Coviello*, *Manuale di diritto civile italiano*, 1910, p. 195.

(19) cf. *Giorgi*, op. cit., I, p. 136.

(20) *N. Coviello*, op. cit., p. 195.

(21) op. cit., I, p. 820

naissance le membre final de l'article, fait parler celui-ci à deux reprises de la reconnaissance légale — (légalement reconnus... conformément aux lois) — et impute ainsi au législateur une répétition sans but », et, peut-on ajouter, une construction de phrase invraisemblable. La personnalité ne peut donc s'acquérir par prescription. Mais, en modifiant un peu les termes du problème, on en renversera peut-être la solution : la reconnaissance de la personnalité doit affecter la forme requise par la législation de l'époque (22), et pour parler avec la Cour de Cassation de Florence (23), «.. les corps moraux formés sous l'empire des lois anciennes qui ne réclamaient pas la reconnaissance par décret royal ont l'existence légale sans que soit nécessaire la concession requise par les lois nouvelles ». Ce point acquis, «... en présence d'une association... qui, depuis une époque éloignée, a joui ouvertement du régime personnifiant et s'est comportée comme sujet de droits...», on n'hésitera sans doute pas à admettre «... une forme d'acquisition de la personnalité *ab immemorabili,* non pas sur le fondement d'une prescription acquisitive des droits de personne morale, mais en présumant un titre d'acquisition régulier, dont il ne reste trace, ni souvenir ». (24). Ainsi, pas d'acquisition de personnalité par possession prolongée, mais examen des conditions d'acquisition en rapport avec la législation, souvent moins exigeante, de l'époque (25),et même présomp-

(22) *sic* Conseil d'Etat, 30 mars 1883, L., 1883, II, 245. — Cass. Turin, 12 septembre 1898 : *Giurisprudenza italiana*, 1899, I, 1, 363 — et les arrêts cités à la note suivante.

(23) 27 janvier 1881 : Ann. 1881, 84 — dans le même sens, Cass. Palerme, 7 juin 1898 : Foro siciliano, 1898, 745.

(24) *Ferrara*, op. cit., p. 802-3. — (Nous lui empruntons les arrêts cités ci-dessus) — dans le même sens, *N. Coviello*, op. cit., p. 214.

(25) Où parfois même était admise la liberté corporative, la liberté d'adopter le régime personnifiant : cf. *Ferrara*, op. et loc. cit.

tion de régularité d'acquisition, quand la simple jouissance est antique et non équivoque.

Ce n'est pas seulement le temps qui limite l'application de la loi, c'est aussi l'espace : une association étrangère jouit dans son pays de la personnalité conformément à sa loi nationale, que celle-ci la fasse dépendre d'une concession, d'une simple déclaration, ou admettre la libre formation de la personne juridique. Nous ne discutons pas ici le critérium de la nationalité d'une personne morale : que cette nationalité dépende de celle de l'Etat qui a reconnu la personnalité (26), ou de la nationalité des membres, ou du pays où s'exerce l'activité du groupe (27), ou du siège social effectif (28), ou de la combinaison de plusieurs de ces éléments (29), une association étrangère jouissant de la personnalité d'après sa loi nationale est-elle assujettie pour se présenter comme telle en Italie à la reconnaissance du gouvernement italien ? La doctrine dominante ne le croit pas, et elle invoque à cet effet l'article 6 des Dispositions préliminaires du Code civil, qui dispose que l'état et la capacité des personnes sont réglés par leur loi nationale, et l'article 3 du Code civil qui admet l'étranger à jouir des droits civils reconnus aux citoyens. Autrement dit, la question de l'attribution ou non de la personnalité à un groupement dépend de sa loi nationale par application de l'article 6 des dispositions préliminaires ; et, dans l'affirmative, le groupement étran-

(26) *Fiore, Diritto internazionale*, p. 371. — *Lomonaco*, dans le *Filangieri*, 1885, p. 384.

(27) *Fadda, Nazionalita delle persone giuridiche*, p. 20 et sq.

(28) *Fedozzi, Gli enti collettivi nel diritto internazionale privato*, p. 163 et sq. — *Ferrara*, op. cit., p. 761-4 (nous lui empruntons les références précédentes).

(29) *N. Coviello*, op. cit., p. 214 — *de Ruggiero*, *Istituzioni di diritto civile*, 1911, I, p. 367.

ger peut exercer son activité de sujet de droits au même titre qu'un groupement italien reconnu, en raison de l'article 3 du Code civil (30) ; on fait remarquer en outre que l'application aux personnes morales étrangères des mêmes règles qu'aux personnes physiques étrangères s'impose d'autant plus que c'est «... immédiatement après avoir parlé, à l'article 1er des personnes physiques, à l'article 2, des personnes morales, que le Code admet en l'article 3 à la jouissance des droits civils l'étranger en général » (31). Et la thèse a été admise par la Cour de Cassation de Turin, le 18 novembre 1882 (32) et le 20 mars 1883 (33). La jurisprudence n'est pas, cependant, unanime en ce sens : en particulier, la Cour de Cassation de Rome, dans des arrêts du 16 avril 1887 et du 2 juillet 1889 (34), et le Conseil d'Etat (35) ont exigé une reconnaissance nouvelle émanant du gouvernement italien, et cette exigence est approuvée par *Giorgi* qui rétorque diréctement l'argument tiré des articles 6 des Dispositions préliminaires et 3 du Code civil ; l'assimilation des personnes physiques et des personnes morales étrangères est, à ses yeux, arbitraire : « de même que n'ont pas besoin de reconnaissance, pour jouir des droits civils,

(30) sic : *Fadda et Bensa*, op. cit., I, p. 821 et sq. — *N. Coviello*, op. cit., p. 216 — *de Ruggiero*, op. cit., I, p. 367 — *Giovene, Le associazioni di fatto nel diritto privato*, 1914, p. 30 — *Ferrara*, op. cit., p. 764-7.

(31) *N. Coviello*, op. et loc. cit. — dans le même sens, *Fadda et Bensa*, op. et loc. cit.

(32) Dans *Cassazione Torinense*, 1882, II, 597 ; cité par *Fadda et Bensa*, op. cit. I, p. 822.

(33) Dans *L.*, 1883, I, 804 ; cité par *Giorgi*, op. cit., VI, p. 194.

(34) Dans *F. I.*, Répertoire, 1887, v° *Enti ecclesiastici*, n°s 25-27 — *F.I.*, 1889, I, p. 1137.

(35) cf. *Saredo*, *Digest. ital.* II, 1, v° *Acquisti dei corpi morali* — (tous arrêts cités par *Fadda et Bensa ou Giorgi* op. et loc. cit. notes 30 et 36.

les individus qui naissent en Italie, de même n'en ont pas besoin les étrangers qui vivent chez nous ; mais comme les personnes juridiques qui prétendent se créer chez nous ont besoin d'être reconnues et érigées en corps moraux pour être admises à la jouissance des droits civils, ainsi en ont besoin également les personnes juridiques étrangères : car la loi positive n'assimile nulle part la reconnaissance du gouvernement étranger à celle du gouvernement italien ; et on ne saurait fonder cette assimilation en invoquant par analogie la situation des personnes physiques, si l'on songe à la nécessité de la reconnaissance des corps moraux qui n'est pas même concevable pour les personnes physiques. » D'autre part, « ... l'acte d'érection en personne morale n'est pas autre chose que l'exercice de la haute police de l'Etat, tendant à empêcher que naissent à la vie civile des êtres qui seraient en opposition avec les principes fondamentaux de l'ordre public » (36) ; et l'argument ne manque pas de justesse dans un système législatif où la personnalité morale est objet de concession : la solution est peu libérale, nous croyons qu'elle découle nécessairement du régime de concession de reconnaissance, qui subsiste, quelle que soit la tolérance de fait de ceux qui la dispensent. En tout cas, la personne morale étrangère sera soumise aux lois pénales, de police, et de sûreté du royaume d'Italie (article 11 des Dispositions préliminaires du Code civil) (37).

N° 4. Concession individuelle de la reconnaissance,

(36) *Giorgi*, op. cit., VI, p. 193-4.

(37) cf. les auteurs et arrêts cités dans ce paragraphe — adde : à propos de l'assujettissement d'une institution étrangère aux lois italiennes sur les institutions de bienfaisance : Conseil d'Etat, 27 mai 1918, dans G.I. 1918, III, 153 ; (d'ailleurs le Conseil d'Etat y affirme encore que l'article 6 des Dispositions préliminaires vise les rapports d'état et de capacité des personnes physiques exclusivement).

en principe aux mains du pouvoir exécutif, telle est donc pour l'association la voie normale d'introduction dans le cercle des personnes juridiques. Voie normale, non pas unique ; conformément à une évolution générale des idées sur le rôle de l'Etat en général, et en particulier sur son intervention dans l'éclosion des personnes juridiques (38), le législateur offre à certaines associations, de plus en plus nombreuses, une charte moins arbitraire: une loi fixe à l'avance et en bloc, pour toutes les associations ayant un objet donné, les conditions d'accession à la personnalité; les associations de ce type qui viendront à se former désormais, pourvu qu'elles se conforment aux règles édictées par la loi correspondante, n'auront qu'à faire constater officiellement cette constitution régulière par l'autorité judiciaire ou administrative, qui sera tenue alors d'ordonner leur enregistrement, et la publication de leurs statuts : «ces formalités remplies,— pour parler comme la loi du 15 avril 1886 sur les sociétés de secours mutuels (article 4) —, l'association est douée de la personnalité juridique ». Ce n'est donc pas, dans ces hypothèses, la loi elle-même qui confère directement la personnalité ; elle est seulement le titre qui permet à l'association de réclamer comme un droit, sur constatation de sa régularité, l'ordre d'enregistrement et de publication, qui en feront un sujet de droits (39). Ont été admis à ce régime : les sociétés de secours mutuels (loi du 15 avril 1886 précitée), où l'enregistrement est confié à l'autorité judiciaire ; de mutiples consortiums administratifs, de formation parfois obligatoire, particulièrement à but agricoles : consortiums hydrauliques et de reboisement, d'amélioration de terrains, contre le phylloxera, pour

(38) cf. *Michoud, Théorie de la personnalité morale*, 1906, I, pages 391-402.

(39) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 797-8.

la défense contre la grêle ; ajoutez : consortiums miniers (loi du 2 juillet 1896), consortiums pour chemins vicinaux (loi du 20 mars 1865) (40) : là, la reconnaissance découle d'un acte administratif qui déclare le consortium légalement constitué et en ordonne la transcription (41). Enfin, plusieurs groupes d'associations ont été organisés sur le type des sociétés commerciales et participent au régime de ces dernières : les sociétés coopératives, sans distinction d'objet et par conséquent même si elles rentrent, à l'examen, dans la forme association, groupement à but non lucratif : articles 219 et suivants du Code de commerce — Le Code les soumet aux règles de constitution des sociétés de commerce ; on discute seulement si les sociétés coopératives, indistinctement, sont soumises à toutes les dispositions du Code de commerce, comme le porte à croire le texte de l'article 219 (42), ou si les sociétés coopératives qui n'exercent pas le commerce échappent à celles des dispositions du dit Code qui concernent la faillite et la compétence, conformément à la disposition générale de l'article 229 sur les sociétés civiles à forme commerciale (43) — De même, les sociétés d'assurance mutuelle : articles 239 et suivants du Code de commerce ; les associations tontinières : loi du 26 janvier 1902 et décret du 21 juillet 1902. Ces diverses associations, organisées suivant les règles des sociétés commerciales, après la constatation judiciaire de leur régularité et leur enregistrement, seront, au même titre que les

(40) cf. *Giovene*, op. cit., p. 24-6.

(41) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 798 — Sur les consortiums en général, cf. *Ferrara*, op. cit., p. 612-621.

(42) sic : *Rodino*, *Le cooperative di consumo e gli atti di commercio*, dans *Il Diritto commerciale*, 1897, p. 669 et sq., cité par *Giovene*, op. cit., p. 26.

(43) sic *Vivante*, *Trattato di diritto commerciale*, 3e édition, II, n° 647, cité par *Giovene*, op. et loc. cit.

sociétés de commerce elles-mêmes, des « *enti collettivi* » (article 77 du Code de commerce), des « êtres collectifs » autonomes, comme le note expressément l'article 239 pour les sociétés d'assurance mutuelle ; (nous ne disons pas : des personnes morales, pour réserver la controverse qui divise sur la question des sociétés de commerce la doctrine italienne, controverse à laquelle nous devrons par la suite faire allusion : cf. infra, chap. VII ,n° 22). Par ailleurs, il faut prendre garde que la loi peut parfaitement édicter quelques règles pour l'érection en personnes morales de certains groupements, sans les soustraire pour cela à la nécessité d'une concession individuelle de reconnaissance par le pouvoir exécutif : il en est ainsi des *comizi agrarii,* qui éclairent le gouvernement sur tous les besoins de l'agriculture et le mettent en relation à cet effet avec les intéressés (décret du 23 décembre 1886) ; de même, le décret du 1er février 1891 sur les prisons, bien qu'il suppose l'existence de comités de patronage des anciens détenus libérés, favorise leur exercice et leur impose certaines règles, ne les laisse pas moins assujettis à la reconnaissance individuelle (44).

N° 5. Que la reconnaissance ait été obtenue par voie de concession particulière, ou conformément à une disposition générale et préventive issue du législateur, l'association devient sujet de droits ; il s'opère « une concentration et une unification de droits dans le sujet idéal, transformation juridique par laquelle les personnalités multiples des membres se changent en personnalité unitaire du sujet qui synthétise le groupe collectif » (45). Dès lors, ces associations sont soumises aux

(44) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 799.

(45) *Ferrara*, op. cit., p. 780.

règles des personnes morales (46) : nous les excluons de notre étude (47). Elles y entreraient à nouveau si la personnalité venait à leur être enlevée, s'il se produisait ce que le droit italien appelle une « *suppression* » : la suppression n'entraîne pas nécessairement dissolution de l'association, mais seulement annulation de la qualité de sujet juridique, de personne morale ; par un phénomène exactement inverse de la reconnaissance, et qui constitue précisément la *suppression,* s'opère une décomposition de la personnalité unitaire du groupement, personnalité qui disparaît et se résout en les personnalités multiples des membres du groupement. Ainsi advint-il des congrégations religieuses, dont nous allons esquisser la situation juridique.

Une série de lois ont supprimé la personnalité civile de la plupart des êtres ecclésiastiques, entendez : « des organes de l'Eglise catholique, ou qui ont un but touchant au culte catholique » (48) : loi piémontaise du 29 mai 1855 ; décret du 11 décembre 1860 pour l'Ombrie; décret du 3 janvier 1861 pour les Marches ; décret du 17 février 1861 pour Naples ; loi du 7 juillet 1866, qui unifie les textes antérieurs ; lois des 15 août 1867, 28 juillet 1868, 11 août 1870 ; la loi du 19 juin 1873, après la réalisation de l'unité italienne, clôt la liste et applique en particulier à la province de Rome les dispositions précédentes (49). L'article 1[er] de la loi du 17 juillet 1866 dispose : « Ne sont plus reconnus dans l'Etat les ordres, corporations et congrégations reli-

(46) Toujours sous réserve de la controverse sur les sociétés de commerce et assimilées ; mais ces sociétés, dans toutes les opinions, jouissent d'une autonomie affirmée et décrite par la loi positive.

(47) cf. à leur sujet les ouvrages précités de *Giorgi* et de *Ferrara.*

(48) *N. Coviello,* op. cit., p. 190.

(49) cf. *Giovene,* op. cit., p. 28-9, et ses références.

gieux, réguliers ou séculiers, les établissements d'éducation et de refuge, qui comportent vie en commun et ont le caractère ecclésiastique. Les maisons et établissements dépendant des organisations ecclésiastiques susdites sont supprimés. » La même loi de 1866, et celle du 15août 1867 décident que tous les biens des êtres supprimés passent au domaine de l'Etat, sauf quelques réserves ; le produit de la vente des immeubles est converti en rentes sur l'Etat, et le revenu attribué à une institution nouvelle, le *Fonds pour le culte,* personne morale de droit public, dont le patrimoine et les bilans restent distincts de ceux de l'Etat, et qui est chargée de gérer ces revenus et de les affecter à leur destination originaire ; un régime spécial, analogue, est prévu pour la ville de Rome par la loi de 1873. Quelques êtres ecclésiastiques échappent cependant à la suppression, mais non aux dispositions de ces lois de suppression, qui ordonnent la conversion de leurs immeubles en rentes sur l'Etat et leur défendent d'augmenter leur patrimoine (voir en particuliers les articles 17-8, 27-8 de la loi du 19 juin 1873). Enfin, une confiscation partielle, au profit de l'Etat, sous le couvert d'une taxe extrordinaire de 30 %, frappe le patrimoine des êtres ecclésiastiques tant conservés que supprimés (loi du 15 août 1867, article 18). (50)

Comme nous l'avons déjà suggéré, il ne découle pas de cette *suppression* que les congrégations et autres établissements religieux soient tenus, faute de se dissoudre, pour des groupements illicites ; les lois de suppression se sont bornées à les dépouiller de leur personnalité, elles n'ont pas entendu les dissoudre. Ecoutons *Giorgi* : « Le principe de liberté qui domine notre constitution politique ne permet pas de répondre

(50) cf. *Ferrara*, op cit., p. 644, 758, 923, 968-970.

négativement à la question de la liberté pour les religieux de s'associer. Les articles 24 et 32 du *Statut fondamental* garantissent à tout citoyen le droit de réunion pacifique ; l'article 14 de la loi du 13 mai 1871, en abolissant toute restriction spéciale à l'exercice du droit de réunion des membres du clergé catholique, a confirmé solennellemnt cette garantie. Et, d'ailleurs, les lois de suppression, étudiées dans leurs travaux préparatoires, démontrent amplement que le législateur voulut seulement enlever la personnalité juridique aux associations de religieux, et sans qu'elles puissent l'acquérir à nouveau : on réputait inconciliable avec le mouvement intellectuel et économique de la société moderne cette stabilité rigide et morte qu'une telle prérogative — la personnalité — conférait au patrimoine des corporations religieuses ; mais on ne voulut point par là supprimer la liberté d'association des religieux. » (51) Toutefois, le droit même d'association est dénié à quelques congrégations par la législation de telle ou telle province, et en particulier aux Jésuites dans presque toutes (cf. notammement la loi piémontaise du 28 août 1848, article 1er) (52) : dans ces cas, « la loi fait abtraction de la personnalité de l'être en pénétrant profondément dans son sein par la dissolution du groupe » (53). A les excepter, on peut dire que les congrégations religieuses subsistent à l'état d'associations licites, non reconnues, dans une situation juridique identique à toute association non reconnue, ou de fait, sauf l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance.

La suppression ne peut résulter que de la loi, ou d'un

(51) *Giorgi*, op. cit., VI, p. 183-4 — cf. dans le même sens l'unanimité de la doctrine, citée par *Giovene*, op. cit, p. 28.

(52) cf. *Schiappoli*, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 1913, p. 286-7, cité par *Giovene*, op. cit., p. 29.

(53) *Ferrara*, op. cit., p. 945.

acte administratif ou judiciaire autorisé par la loi. Ainsi, ce sont des lois qui ont directement supprimé les congrégations et ordres monastiques ; au contraire, en vertu de l'article 7 de la loi du 15 avril 1886, suppression judiciaire, par radiation, de la société ouvrière de secours mutuels en cas de contravention aux statuts ; retrait administratif prévu par les divers textes sur les consortiums administratifs; suppression par voie administrative, aussi, d'après les articles 70, 90 et 95 de la loi du 17 juillet 1890, (54) pour les institutions publiques de bienfaisance, dont il nous faut dire un mot ici, bien que la loi vise surtout des fondations et institutions, parce que son article 91 assimile aux institutions publiques de bienfaisance certaines associations charitables, en particulier les confréries, qui, sans comporter d'ailleurs vie en commun, ont un caractère ecclésiastique (55).

La loi du 17 juillet 1890 sur les *opere pie,* s'attaquant à la mainmorte charitable, a généralisé dans toute commune italienne l'organisation d'une personne morale qui existait déjà dans certaines communes, la *Congrégation* dite *de Charité,* où furent plus ou moins fondues toutes les œuvres antérieures concernant l'assistance aux pauvres, par exemple par l'hospitalisation, le travail, l'apprentissage d'un métier ; la loi laissait hors de son champ d'application toute œuvre soit temporaire, soit relative à l'épargne, à la prévoyance, à la coopération, au crédit ou à l'enseignement (56). Les œuvres visées ne sont pas pas détruites, mais « transformées », en vertu d'un pouvoir que s'est arrogé l'Etat moderne, auquel on a cherché des précédents dans les

(54) cf. *Ferrara,* op. cit., p. 950-1.

(55) cf. *Giorgi,* op. cit., V, p. 81 et sq., VI, p. 180 et sq.

(56) cf. *Giorgi,* op. cit., V, p. 390 et sq., 486 — Mr *Lévy-Ullmann,* à son cours précité 1917-1918.

droits romain et canonique, et qui est expressément affirmé par certaines législations (code civil allemand, article 87 ; code espagnol, article 39) (57). Cette transformation peut affecter la forme d'une *concentration* (articles 54, 57, 60 de la loi de 1890), la Congrégation de charité étant substituée à la représentation de l'être ; d'un *regroupement,* opérant liaison persistante entre plusieurs êtres, qui pourtant n'en gardent pas moins une existence et un patrimoine distints, les comptes et les créanciers ne se confondant pas (article 61) : car la personnalité de l'œuvre pie transformée n'est pas supprimée (58) ; il n'en serait autrement que si le but était lui-même transformé : sans doute, l'article 70 de la loi veut que la *transformation* s'opère alors de manière à s'éloigner le moins possible des intentions du fondateur, mais, même ainsi inspirée, la transformation du but touche à l'essence de l'institution, et à l'ancienne substitue une nouvelle (59). Quand aux *confréries* transformées, que nous citions plus haut, et qui nous intéressent particulièrement en leur qualité d'associations, la question du maintien ou de la suppression de leur personnalité est discutée (60). La Congrégation de Charité elle-même, selon l'expression de *Giorgi* (61), est «..l'organe né de la bienfaisance dans la commune où elle réside, le représentant de la classe pauvre et l'institution qualifiée par excellence pour recevoir les aumônes. Comme personne juridique, elle recueille les legs et hérédités en faveur des pauvres, à moins qu'ils ne soient spécialement confiés

(57) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 950-3.

(58) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 928-9.

(59) cf. *Giorgi*, op. cit., V, p. 328-9 — *Ferrara*, op. cit., p. 985.

(60) cf. pour le maintien, *Giorgi*, op. cit., VI, p. 180-1 — contra : *Ambrosini, Estinzione della personalita giuridica delle confraternite trasformate*, dans *Giurisprudenza Legge*, 1914.

(61) op. cit., V, p. 100.

à quelque autre personne ou institution, et, dans cette hypothèse même, si la personne ou l'institution désignée par le testateur ne peut on ne veut s'en occuper ; elle administre les biens des institutions concentrées... et assume en justice la représentation légale des pauvres : pour ces raisons, la Congrégation de Charité est un *corps moral,* comme la jurisprudence (62) l'a constamment affirmé », et il faut lui reconnaître la qualité de personne morale publique (63). Pour compléter ce schéma, ajoutons qu'une commission provinciale de bienfaisance doit approuver les bilans des institutions visées par la loi (articles 35, 44 et suivants de la loi de 1890 ; et loi du 18 juillet 1904), ainsi que leurs décisions et contrats les plus importants, coordonner les diverses formes d'assistance publique, veiller sur la gestion des Congrégations de Charité et sur la manière dont celles-ci s'acquittent de la représentation légale des pauvres (64). Toute cette organisation légale embrasse aussi les institutions de bienfaisance à venir, qui sont soumises à la même tutelle et susceptibles de la même réformation que celles existant à l'apparition de la loi (65).

N° 6. Nous abandonnons à leur heureux sort les associations qui sont parvenues au port de la personnalité morale ; elles sont aptes à participer à la vie sociale : leur patrimoine est autonome, gage exclusif des créanciers sociaux ; insensible à la disparition de leurs membres, qui ne sonne plus le signal de leur

(62) cf. notamment Cass. Rome, 4 mars 1886 : dans L., 1886, II, 196.

(63) cf. *Ferra*, op. cit. p. 753. — Le même auteur incline au contraire à voir des personnes morales privées d'utilité publique dans les *opere pie*, bien que la loi de 1890 parle d' «*istituzioni pubbliche di beneficenza* », op. et loc. cit.)

(64) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 919.

(65) cf. *Giorgi*, op. cit., VI, p. 480.

liquidation ; à l'abri, aussi, des conséquences et de l'arbitraire de l'activité individuelle des associés. Et les mêmes résultats essentiels sont acquis aux associations modelées sur les sociétés de commerce, même si l'on se refuse à reconnaître la personnalité morale dans le régime explicitement organisé par la loi pour les sociétés de commerce. Mais il ressort de notre exposé même que tel n'est pas le régime de toute association en droit italien. Les associations à qui la loi n'a pas tracé à l'avance les conditions d'organisation dont la constatation officielle procure de droit la personnalité, — c'est-à-dire les groupements à but religieux, politique, charitable, professionnel, sportif, ou d'agrément —, ces associations restent soumises au régime de la concession gouvernementale ; cette dernière, avons-nous dit, est libéralement accordée : encore n'est-elle pas garantie ; au surplus, elle entraîne des lenteurs et des complications auxquelles se prêtent peu volontiers les groupements à existence éphémère ;surtout, par son caractère même de concession et le contrôle qu'elle appelle de la part du gouvernement, elle est vue avec méfiance par les groupements particulièrement jaloux de leur indépendance : les associations politiques, surtout, on le conçoit, sont peu disposées à pénétrer par une telle voie dans la vie juridique ; c'est aussi vrai des ligues catholiques, dont la situation vis-à-vis des pouvoirs établis reste délicate, que des associations socialistes, qui, plus qu'ailleurs, répugnent à tout contact avec ces mêmes pouvoirs. Il y a plus : les congrégations religieuses, dont la personnalité à été *supprimée*, nous l'avons vu, ne peuvent, dans l'état actuel de la législation, solliciter efficacement du pouvoir exécutif une personnalité détruite par la loi (66) ; Giorgi estime même que l'esprit des lois de sup-

(66) cf. Giorgi, op. cit., VI, p. 478-480.

pression et de la loi de 1890 sur les *opere pie,* qui considèrent comme superflues les institutions cultuelles existantes et en décrètent la transformation au profit de la bienfaisance, interdit au gouvernement la reconnaissance de tout groupement ayant le culte pour but unique, même si les membres ne sont pas liés par des vœux, soumis à une règle et à la vie commune, en un mot ne sont pas des religieux (66) : mais il serait étrange que cette dénégation d'intérêt public soit suffisante pour interdire à toute association à but religieux une reconnaissance que se voient octroyer un cercle de pêcheurs à la ligne ou de joueurs d'échecs (cf. supra n° 3) ; quoi qu'il en soit, pour les congrégations religieuses du moins, l'impossibilité d'une reconnaissance est flagrante. Ce n'est pas tout : pour ces groupements mêmes dont une loi a prévu à l'avance l'accession à la personnalité moyennant l'accomplissement des conditions qu'elle fixe, par exemple pour les sociétés de secours mutuels, il se peut que, faute de remplir ces conditions, ils soient, eux aussi, privés de la personnalité civile. Enfin, de quelque manière que la personnalité ait été obtenue, nous savons qu'elle peut se perdre (cf. supra, n° 5). Associations qui n'ont pas demandé, ou obtenu, la personnalité, ou qui même ne peuvent légalement l'obtenir ; associations qui ne se sont pas conformées aux conditions prescrites, d'avance, par une loi ; associations qui se sont vu retirer la personnalité : quelle est leur situation juridique, tel est l'objet de notre étude, que nous allons aborder, après avoir essayé de le délimiter.

Chapitre III

Absence de liberté corporative en Italie

N° 7. Les associés ne peuvent faire surgir à leur volonté la personne juridique.

N° 7. Est-il besoin de l'observer ? la question que nous posons serait d'ores et déjà résolue si le principe de liberté corporative était en vigueur en Italie, comme il l'est par exemple dans le canton de Zurich, où l'article 18 du Code (67) admet que l'accord des membres de l'association, — le contrat —, est nécessaire et suffisant pour engendrer la personne juridique. Il résulte de notre chapitre précédent que tel n'est pas le système italien ; nous n'aurions pas à le rappeler si une voix discordante ne s'était élevée récemment à ce sujet dans la doctrine italienne. Déjà, il est vrai, *de Vareilles,* dans son livre des *Personnes morales,* critiquait l'interprétation donnée en Italie à l'article 2 du Code civil ; en corrélation avec sa théorie générale sur la personnalité morale, — qui ne serait qu'un procédé doctrinal d'exposition, traduisant d'une manière commode et élégante le régime d'ailleurs inévitable et seul conceva-

(67) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 113 — Il en est de même, d'après le Code fédéral suisse des obligations, pour les associations à but non économique (article 60) ; les associations à but économique y sont, du moins, assujetties à une inscription au registre du commerce (article 52) (cf. Giovene, op. cit., p. 38).

ble des groupements ouverts (68) —, cet auteur estime que le législateur italien, en parlant de corps moraux « légalement reconnus », a visé simplement les groupements ouerts en règle avec la loi, licites : autrement dit, la *reconnaissance légale* de l'article 2 aurait une signification purement négative, le fait de n'être pas en contravention avec la loi, la conformité à l'ordre public, et non pas le sens positif d'une reconnaissance effective, d'une concession de personnalité (69). Et sans doute le texte ne se dérobe pas absolument à cette thèse; mais cette dernière n'en est pas moins démentie par les travaux préparatoires où l'on voit discuter à quelle autorité sera confié le soin de reconnaître les corps moraux, — ce qui implique une reconnaissance effective —, non moins que par les précédents du Code (cf. supra, n° 3 in principio) qui prévoyaient la concession, et la pratique constante, dès la promulgation du Code civil de 1866, du fonctionnement de la concession par décret royal en Conseil d'Etat, en application dudit article 2. Aussi n'est-ce pas sur l'interprétation des mots « légalement reconnus » que la controverse est née en Italie, où nous ne voyons pas que l'objection ait été retenue par aucun auteur. Mais on a prétendu que la reconnaissance par concession gouvernementale prévue par l'article 2 n'est pas la condition nécessaire de la personnalité ; pour *Faggella,* en effet, (70) la volonté de l'homme serait, à elle seule, habile à faire surgir la personne juridique ; l'association, — pour n'envisager qu'elle —, pourvu qu'elle

(68) cf. *de Vareilles-Sommières*, *Personnes morales*, 1902, n°° 49, 255, 319 et sq., et passim.

(69) cf. *de Vareilles-Sommières*, op. cit., n° 457.

(70) *Il riconoscimento legale delle corporazioni e delle fondazioni*, dans *G. I.* 1913, p. 1 et sq ; cité et combattu par *Giovene*, op. cit., p. 38-40.

ait un but licite et soit portée à la connaissance des tiers — (d'ailleurs d'une manière quelconque, par suite de l'absence de règles légales) —, aurait sans plus la qualité de personne morale : sans doute, la loi peut entraver cette libre formation de la *corporation,* de la personne morale ; mais encore faut-il à cet effet une défense positive, défense qui ne se trouve nulle part, qui ne se trouve pas en particulier dans l'article 2 du Code, dont la disposition est purement déclarative : — la reconnaissance légale confère la personnalité —, mais non exclusive d'autres sources de personnalité, notamment de la volonté humaine. Mais il est permis de se demander à quoi se réduit dès lors la portée de l'article 2 du Code civil ; comme le fait remarquer *C. Longo* (71), « si la volonté est la première force créatrice de la personnalité, la loi : la seconde..», si l'article 2 veut affirmer, comme le prétend *Faggella,* que la loi peut, elle aussi, créer une personne juridique, «.. on arrive à cette conséquence insoutenable qu'il n'a été écrit que pour mettre hors de doute que la loi peut créer des personnes juridiques, ou pour lui attribuer cette faculté. » L'article 2 n'est pas purement déclaratif, et on est contraint d'y reconnaître « cette défense positive, que réclame *Faggella* pour que soit exclue la formation spontanée de la personne juridique » (72). Ajoutons que la thèse de la liberté corporative est venue se heurter à une conviction contraire unanime de la doctrine (73), qui, au milieu des divergences théori-

(71) dans le compte-rendu de l'œuvre de *Faggella,* à la *R.d.civ.*, 1913, p. 423.

(72) *Brugi*, compte-rendu du livre de *Giovene : Le associazoni di fatto, etc*, dans *R.d. comm.*, 1915, I, p. 871-2.

(73) *Rodino, Capacita giuridica delle associazioni di mutuo soccorso non riconosciute ed in genere delle libere associazioni lecite in virtu dello Statuto fondamentale del Regno,* dans *Archivio*

ques sur la nature et la fonction de la reconnaissance juridique, affirme invariablement dans le domaine du droit positif « la nécessité de l'intervention de l'Etat pour qu'existe une personne juridique » (74). On peut donc tenir pour assuré, avec la Cour d'Appel de Florence (75), qu' « à la différence de ces législations qui, sans établir de normes régulatrices de l'institution, et avec un plus grand respect de la liberté des citoyens, abandonnent à la volonté privée la constitution des corps moraux et reconnaissent en ces derniers, à l'exception des collèges illicites, autant de personnes juridiques, ne sont reconnues telles au contraire par le droit public italien que ceux érigés par l'autorité publique — (concession individuelle) — ou constitués en conformité des règles et dans les formes et aux conditions préétablies par une loi. »

De cette opinion de *Faggella* on peut rapprocher un arrêt de la Cour d'Appel de Palerme du 21 décembre 1890 (76), qui semble reconnaître, à côté des personnes juridiques proprement dites nées de la reconnaissance légale prévue à l'article 2 du Code civil, d'autres personnes juridiques où les membres pourraient du moins ester en justice par représentant ; personnes juridiques de second ordre, qui ne requerraient que la licéité du but, et dont la Cour voit le fondement dans l'article 32 du *Statut fondamental*.

giuridico, 1893, p. 184 *et sq.* — *Chironi et Abello*, *Trattato di diritto civile italiano* 1904, I, p. 148. — *Ascoli et Cammeo*, *note alla traduzione italiana del Crome*, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, 1906, p. 147, note a — *Fadda et Bensa* op. cit., I, p. 812 (« La question ne peut être discutée dans le champ du droit positif italien») — *N. Coviello*, op. cit, p. 193-4 — *de Ruggiero*, op. cit., I, p. 366 — *Ferrara*, op. cit., p. 87, 368, 990-2 et passim — *C. Longo*, *Giovene*, *Brugi*, op. et loc. cit. aux notes 70, 71, 72.

(74) *N. Coviello*, op. et loc. cit.

(75) arrêt du 13 janvier 1906, dans *F.I.*, 1906, p. 237-8.

(76) dans *F.I.*, 1891, I, p. 21.

Mais, comme le dit *Giovene* (77), « il suffit d'énoncer cette thèse pour apercevoir immédiatement qu'elle se base sur une confusion déplorable de l'objet de deux dispositions : ... l'article 32 du *Statut* — cf. supra, chapitre 1er) — ne fait que sanctionner la liberté d'association en l'affranchissant de toute autorisation gouvernementale préventive, par opposition à ces systèmes législatifs qui y subordonnent le caractère licite de l'association. Il ne concerne en rien la question de la personnalité de l'association... A cette personnalité, au moyen de l'acquérir, se rapporte précisément l'autre disposition, l'article 2 du Code civil, et celui-ci n'admet qu'une seule espèce de reconnaissance, avec effets identiques pour tous les êtres qui l'ont obtenue. » Cette décision judiciaire est restée d'ailleurs isolée.

Faute de reconnaissance, l'association est donc privée de la personnalité, et de cette forme unitaire qu'attribue au groupe la création d'un sujet de droits autonome ; il ne reste plus que la collectivité des membres, et la personnalité de chacun d'eux. Dès lors, l'association «... constitue simplement un rapport de droit : le mot association, en d'autres termes, sert à déterminer l'ensemble des diverses personnes entre lesquelles court un lien juridique, précisément nommé rapport judique d'association » (78) ; l'association *non reconnue*, ce n'est pas autre chose que les associés ; la nature de leur contrat, sa validité, ses effets, voilà ce qu'il faut déterminer.

C'est la même question que pose à l'interprète l'article 2 de notre loi du 1er juillet 1901 (79) : l'association

(77) op. cit, p. 54.

(78) *N. Coviello*, op .cit., p. 223.

(79) *Giovene* en fait la remarque, op. cit., p. 34.

non déclarée, et donc privée de personnalité, peut-elle posséder, et dans l'affirmative à quel régime obéissent ses biens ? peut-elle contracter, ester en justice ? (80) « quelle organisation peut-elle adopter pour remplir sa destinée sans violer la loi de 1901 qui la frappe d'incapacité ? » (81) Les solutions préconisées en Italie rencontreront peut-être chez nous quelque adhésion.

---

(80) cf. sur la question *Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, édition* 1912, p. 209-214 — *Margat, De la condition juridique des associations non déclarées*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p. 235 et sq — *Michoud*, op. cit., I, p. 420-432.

(81) *Margat*, art. cit., p. 243. — Le même auteur observe justement (*De la capacité des associations déclarées*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, p. 37-9) que les associations déclarées ou même reconnues d'utilité publique étant limitées par la loi dans leur capacité, (— cf. d'ailleurs sur la portée de ces limitations la judicieuse mise au point de *Michoud*, op. cit., II, p. 126-132) — la solution donnée pour l'association non déclarée sera publique et *a fortiori* à l'association déclarée ou reconnue d'utilité publique pour tout ce qui excède la limite de sa capacité déterminée par la loi.

Chapitre IV

Distinction de l'Association et de la Société

N° 8. Confusion par quelques auteurs et une jurisprudence importante entre société et association. — Mais le critérium français tiré des bénéfices à partager entre les membres est admis au contraire par presque toute la doctrine et une partie de la jurisprudence. — Dans l'association, les prestations des membres peuvent être de nature pécuniaire, et l'objet du groupement d'ordre économique. — N° 9. Toutefois, la doctrine dominante ajoute à ce critérium une différence entre la société et l'association : la société est toujours un groupement fermé, l'association est ouverte ou fermée. — N° 10. Cette différence devient un critérium pour *Ferrara*, d'après lequel l'association est essentiellement un groupement ouvert à tous, et la société un groupement fermé, basé sur l'*intuitus personæ.* — Ce critérium, au contraire de celui tiré du but, est conforme au bon sens et à la tradition. — Insoutenable en droit positif français, il peut être accueilli en droit italien, où il doit être combiné avec le critérium tiré du but. — N° 11. L'association commerciale : possibilité de la coexistence dans le groupement du caractére non lucratif et du caractère commercial. — L'association commerciale ne pourrait invoquer les dispositions du Code de commerce sur les sociétés commerciales, ni l'association civile les dispositions du même Code sur les sociétés civiles à forme commerciale : controverse. — N° 12. Impossibilité juridique d'adjoindre à l'associa-

tion une société dont les bénéfices alimenteraient l'association.

N° 8. « La jurisprudence italienne, dit *Lessona,* par crainte de ne pouvoir régler autrement la vie juridique des associations, accueille souvent le concept de société civile » (82), et l'on peut citer en effet une liste imposante de décisions judiciaires qui acceptent l'assimilation (83). Elle est posée dans des termes très nets à propos d'une association d'agrément par la Cour de Cassation de Florence, le 30 décembre 1869 (83) : « Il est impossible, dit l'arrêt, de voir pourquoi ne pourrait s'appeler *société* et se ranger comme espèce du genre société reconnu et défini par les articles 1697-8 du Code civil — (correspondant en tout point aux articles 1832-3 du Code civil français) — une association de plusieurs individus qui conviennent de mettre en commun entre eux la jouissance d'une maison de campagne ou d'un jardin pour s'y promener et récréer, ou d'une maison en ville où trouver d'honnêtes passe-temps de personnes cultivées dans des conversations, lectures, séances musicales, danses et autres divertissements. En effet, dans ces sociétés d'agrément aussi, interviennent normalement : et consentement réciproque des associés par l'acceptation d'un statut ou réglement contenant les clauses du contrat ; et mise de biens en commun sous forme d'actions, taxes d'entrée, ou autres semblables, en vue de réunir les sommes nécessaires à l'établissement et à l'entretien du groupe-

(82) art. cit. dans *R. d. comm.*, 1910, I, p. 379.

(83) voir cette liste dans *Lessona*, op. et loc. cit., et *Giovene*, op. cit., p. 43 ; cf. notamment . Cass. Florence, 30 décembre 1869, dans *G. I.* 1869, I, 890; et 7 juillet 1887, dans *G. I* 1887, I, 1, 673; Cass. Turin, 7 mars 1877, dans *F.I.* 1877, I, 986 ; Appel Milan, 14 octobre 1909, dans *Monitore dei Tribunali*, 1909, 414.

ment ; et un gain — (*guadagno* : terme employé par l'article 1697 du Code civil) —, qui consiste précisément pour les associés dans cette jouissance de délassement et d'esprit, telle que chacun d'eux peut la trouver individuellement dans les spectacles publics ; et si ce bénéfice — (*lucro*) — diffère du bénéfice matériel ordinaire, c'est toujours un bénéfice estimable pour qui aime à se le procurer, plus facilement et plus pleinement, par cette recherche en commun : c'est là un *lucrum boni delectabilis* selon le droit commun, et conformément au principe que « *beari est prodesse* » à la loi 49, Digeste, *de verborum significatione.* ». C'est aussi l'opinion soutenue par *Gabba* (84), et que défendait en même temps *Ihering* dans sa consultation célèbre sur le chemin de fer de *Gäu,* dans les hypothèses du moins où il reconnaissait le caractère obligatoire au lien qui unit les membres (sur ce dernier point, cf. infra notre chapitre V) (85). Si cette thèse pouvait être tenue pour exacte, nous n'aurions plus qu'à clore notre étude et à renvoyer purement et simplement aux règles du contrat de société.

(84) dans *G.I.*, 1879, I, 1, 680, en note sous un arrêt de Cass. Rome du 13 février 1879 : *Gabba* y vise les sociétés de secours mutuels, non encore dotées de la réglementation actuelle, qui date de 1886 (cf. supra, n° 4) ; mais son argumentation a une portée générale, et il l'applique, ensuite, notamment aux congrégations religieuses supprimées dans : *Nuove questioni di diritto civile*, II, 1906, p. 73 et sq ; *Donazioni e lasciti per interposta persona a comunita o associazioni religiose ;* cités par *Giovene*, op. cit., p. 42.

(85) *Ihering, Ein Rechtsgutachten betreffrend die Gäubahn*, dans *Iherings Jahrbücher*, XVIII, 1880, p. 1 à 34 ; et le résumé de cette consultation par *V. Scialoja*, dans *A. G.*, XXV, 1880, p. 473-8 ; il s'agissait d'un comité promoteur pour la constitution d'une société par actions en vue de l'entreprise d'une voie ferrée en Suisse, et dans un but d'extension et d'amélioration des rapports internationaux — En Allemagne, la question du critérium entre association et société est encore, dans l'état actuel des textes, très discutée en doctrine. D'une part, on ne peut nier que l'assimilation de

Tel n'est pas, pourtant, le sentiment de l'opinion dominante : « On peut dire que presque sans contestation il est admis par la doctrine italienne que les associations ne sont pas des sociétés » (86) : comme en France, le but du groupement a paru fournir un élément de différenciation que le droit positif ne permet pas de négliger (87) ; à ce point de vue, l'état du droit

traitement n'ait trouvé un fondement solide dans l'article 54 du Code civil de 1900 qui renvoie expressément les associations non reconnues aux règles sur les sociétés (toutefois, la doctrine a souvent tourné la prescription de l'article 54 : cf. *Ferrara*, op. cit., p. 1001 à 1007), et dans la définition de la société à l'article 705 du même Code qui parle seulement d'un but commun, sans exiger le caractère lucratif ; il résulterait même du dernier texte que les deux groupements, non seulement sont soumis aux mêmes règles, mais se confondent entièrement. En sens contraire, milite la considération que les articles 21 et sq du Code réglementent l'association, prévoient son accession à la personnalité juridique, et ne la soumettent aux règles de la société que si elle n'a pas rempli les conditions auxquelles est attachée cette personnalité : ce qui implique bien une distinction entre l'association et la société dans la pensée du législateur, mais sans qu'apparaisse le critérium qu'il adopte — Sur les diverses opinions, cf. un exposé de *Giovene*, op. cit., p. 11-19.

(86) *Lessona*, art. cit., dans *R. d. comm.* 1910, I, p. 379.

(87) cf. dans ce sens *Rodino*, art. cit., dans *A.G.* 1893, I, p. 181-3 —*Vivante*, op. cit., II, n° 306 — *Chironi*, *La personalita giuridica delle associazioni*, dans *L.* 1901, p. 176 et sq. — *Manara*, *Trattato delle societa e associazioni commerciali*, I, n° 122 .. *Navarrini*. *Societa e associazioni commerciali* n° 13. — *Ascoli et Cammeo*, notes à la traduction citée de *Crome*, p. 181 — *Pacchioni : Modi e limiti in cui risponde un comitato per obbligazioni derivanti da contrati con terzi, anche se stipulati dal solo presidente*, dans *R. d. comm.* 1907, II, p. 250-1 — *Manara*, dans *R. d. comm.*, 1907, II, p 505 — *Lessona*, op. et loc. cit. — *N. Coviello*, op. cit., p. 223 — *de Ruggiero*, op. cit, II, p. 390 — surtout, *Giovene*, op. cit,. p. 6 à 11 — *Tartufari*, *Dei comitati nei rapporti interni ed esterni*, dans *F. I.* 1907, I, p. 238, semblerait rejeter la distinction ; mais il n'en est rien cependant, puisqu'il recommande seulement l'application des règles de la société par analogie, et « en tant que la nature des choses l'admet ».

italien nous semble comparable à celui du droit français d'avant 1901 : nous voulons dire que, faute d'une définition de l'association, exclusive des groupements ayant pour but le partage des bénéfices (loi française du 1[er] juillet 1901, article 1[er]), la distinction entre la société et l'association ne peut venir que de la définition de la société donnée par l'article 1697 du Code civil (= 1832 du Code civil français) : si la société est « un contrat par lequel plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun en vue de partager le bénéfice qui en pourra résulter », on en a conclu que n'est pas société tout groupement qui ne poursuit pas de bénéfices, ou qui, même, poursuivant des bénéfices, ne se propose pas de les répartir entre ses membres (88) ; et cette acception étroite du terme « bénéfice » de l'article 1697 a pénétré aussi en jurisprudence : ainsi, dans le ressort même de la Cour de Cassation de Florence, que nous venons d'entendre affirmer si nettement l'identité de l'association et de la société, un arrêt de la Cour d'Appel de Florence du 13 janvier 1906 (89) refuse le nom de société à un comité promoteur de fêtes en disant : « où est le but d'un bénéfice à partager ? ». Dans le même sens, on remarque que la loi fait une application de la distinction en organisant aux articles 657 et suivants du Code civil les associations pour l'usage des eaux, l'amélioration et le desséchement des terrains : leur réglementation les sépare des sociétés civiles régies par les articles 1697 et suivants (90).

Par contre, nous dit *Giovene*, il faut résolument écarter les différences qu'on a parfois voulu tirer en

(88) cf. *Giovene*, op. cit., p. 8, 20.

(89) dans *R. d. comm.*, 1906, II, p. 241 — d'ailleurs critiquable à un autre point de vue (cf. infra, n° 11).

(90) cf. *Giovene*, op. cit., p. 8.

France de la nature des prestations des membres, ou du caractère, économique ou non, du groupement (91). En parlant de « but autre que de partager des bénéfices », l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901, en même temps qu'il interprète par a contrario l'article 1832 du Code civil et tarit ainsi la discussion sur la distinction entre la société et l'association en droit positif français — car « des bénéfices », au pluriel, impliquent invinciblement un gain pécuniaire —, nous paraît condamner l'opinion (92) qui exclut du cercle de l'association, aussi bien que de celui de la société, les groupements à but économique, mais non lucratif : *qui negat de uno, dicit de altero* ; tout groupement à « but autre que de partager des bénéfices », cela s'entend parfaitement d'un groupement à but intéressé ou économique, pourvu qu'il ne se propose pas des bénéfices et leur partage entre ses membres. En réalité, c'est plutôt la distinction tirée de la nature des prestations fournies par les associés qui trouve un appui apparent dans les termes de l'article 1er : si l'association est « la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun de façon permanente leurs connaissances ou leur activité... », ne faut-il pas dire que c'est non seulement par leur but : partage, ou non, de bénéfices, mais aussi par la nature des apports que les deux groupements se distinguent : la société, groupement à but lucratif, et où les associés mettent en commun de l'argent ou des biens ; l'association, groupement non lucratif, et où l'apport ne peut consister que dans l'activité des associés ? (93). A l'examen, cette interprétation est peu soutenable :

(91) cf. *Giovene*, op. cit., p. 6 à 11.

(92) sic *Trouillot et Chapsal, Du contrat d'association*, 1902, p. 36 et sq.

(93) sic *Trouillot et Chapsal*, op. cit., p. 36 et sq.

un apport d'industrie, autrement dit d'activité, est prévu par le Code pour la société même (article 1833) ; d'autre part, les articles 4 et 6 de la loi de 1901, consacrant en cela une coutume constante, admettent des apports en argent, des cotisations, dans l'association, et les travaux préparatoires éclaircissent, en l'atténuant, la portée des expressions de l'article 1er (94). Ces discussions n'ont d'ailleurs pas de fondement en droit italien, où l'article 1697 et sa définition de la société sont seuls en cause : or, de cette définition, on ne peut tirer d'autre critérium que celui du but consistant ou non en un partage de bénéfices ; le caractère pécuniaire des apports des associés ou le but économique ne font pas, assurément, du groupement non lucratif, un groupement intermédiaire entre la société et l'association ; et au droit italien *Giovene* (95) déclare applicable la conclusion de Monsieur *Lévy-Ullmann* sur la loi française de 1901 « L'association se définit par opposition à la société : elle est l'a contrario de la société. » (96) En face d'un groupement quelconque, il suffirait donc de se demander s'il a, ou non, en vue des bénéfices à partager entre ses membres, et selon la réponse on le classerait à coup sûr au nombre des sociétés ou des associations (97) ; on aboutit ainsi

(94) cf. *Michoud*, op. cit., I, p. 246-251 — Cet auteur d'ailleurs ne sépare pas nettement, à notre sens, les deux questions distinctes que nous étudions dans ce paragraphe. — *Hayem, Etude historique et critique de la législation et de la jurisprudence concernant les sociétés civiles*, 1911, p. 67.

(95) op. cit., p. 10.

(96) Note au *Sirey*, 1901, II, 225.

(97) Quelques auteurs, d'ailleurs, ne sont pas aussi catégoriques que *Giovene* ; et tout en s'inspirant du but pour tracer la ligne de démarcation, se montrent plus hésitants sur son tracé : plusieurs ont tendance à élargir le cercle de la société, et dans la mesure même où ils élargissent le mot bénéfice : (sic *Chironi et Abello*,

à déclarer associations les groupements religieux, politiques, charitables, scientifiques, d'agrément, sportifs, professionnels, (discussion pour les trusts ayant pour objet la défense des prix), les coopératives de consommation, les sociétés de secours ou d'assurance mutuels (sur leur régime, cf. supra, n° 4), les associations tontinières (car si les associés y ont en vue des bénéfices, ceux-ci ne sont pas partagés), les *comizii agrarii* (cf. supra, n° 4 in fine) : c'est une question bien connue en droit français que cette classification, et nous renvoyons simplement à son sujet aux ouvrages qui la traitent (98).

N° 9. Et pourtant, on ne se ferait pas, croyons-nous, une idée exacte des caractères respectifs de la société et de l'association, telles qu'elles sont conçues par la doctrine italienne, si l'on se bornait à les comparer sous le rapport du but : c'est bien la seule différence que permettent de relever, en droit français, les définitions de l'article 1832 du Code civil et de l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901 ; et, si l'on veut, c'est bien aussi le seul critérium que reconnaît généralement la doctrine italienne. Le seul critérium, mais non la seule différence : en effet, la plupart des auteurs exigent de la société civile, à côté du but de lucre, un second

op. cit., I, p. 170) : ils aboutissent plus ou moins à la distinction entre groupements économiques ou non économiques (nous ne disons pas : entre groupements intéressés ou non, ce qui étendrait davantage encore le domaine de la société : à preuve, l'espèce citée supra, note 83, où le groupement, intéressé, est à but non économique) .

(98) cf. notamment : *Hayem*, *Domaines respectifs de l'association et de la société*, Paris, 1907 ; et *Etude historique*..., citée 1911 ; et en Italie, où la discussion est identique : *Giovene*, op. cit., p. 19 à 25 — On n'ignore pas que la désignation de société ou d'association, que l'usage, souvent adopté par la loi, attribue à tel ou tel groupement, ne peut être accueillie avec sécurité.

caractère, qui peut au contraire manquer à l'association, mais parfois aussi lui appartenir, et qui ne fournit donc pas un second critérium : c'est d'être formée entre personnes déterminées, d'être basée sur *l'intuitus personae* : « La nature du rapport d'association ne permet pas, nous dit *N. Coviello* (99), de le confondre purement et simplement avec celui de société dont s'occupe le Code civil, parce que celle-ci a nécessairement un but de lucre et est restreinte à des personnes déterminées ; l'association, au contraire, peut avoir des buts moraux, intellectuels, religieux, d'utilité privée et d'utilité publique ; elle peut être restreinte à un nombre déterminé de personnes, comme elle peut en comprendre un nombre très grand et indéfini ». Ainsi, la société serait un groupement fermé à but lucratif ; l'association : un groupement, ouvert ou fermé, à but non lucratif.

N° 10. Pour cette nouvelle différence entre société et association devienne un critérium, il suffit de dire, avec *Ferrara,* que l'association est nécessairement un groupement ouvert, au même titre que la société civile un groupement fermé. « La société se compose d'un nombre fermé de personnes déterminées ; l'association, au contraire, repose sur le changement des membres, et continue identique bien que les membres varient. Dans la société, on a un groupement immobile entre personnes déterminées, et c'est seulement par exception que l'un des associés peut être remplacé en cas de mort par son héritier ; l'association est précisément basée sur se changement des membres : sa force réside en ceci qu'aux membres originaires d'autres succèdent, que le nombre des mem-

(99) op. cit., p. 223.

bres est illimité (100), que l'association demeure la même bien que sa composition change en entier ; au contraire de la société, qui est un rapport de fiducie entre personnes déterminées, qui ne souffre pas qu'une d'elles en sorte ou qu'une nouvelle y rentre sans que la société s'éteigne ou se renouvelle. La société compte sur la personnalité, l'individualité des membres, tandis que l'association en fait abstraction ; ici, les associés ne peuvent être remplacés par d'autres, là ils forment une masse fongible ; d'où il dérive que les sociétés ont un caractère temporaire, tandis que les associations sont des collectivité à durée indéterminée ». (101). Et sans doute il est parfaitement licite, en constituant une société, de prévoir la substitution éventuelle d'un nouvel associé à un associé défaillant, ou l'élargissement du lien social, mais « l'effet d'une telle clause serait de mettre à la charge des associés actuels une obligation *de ineunda societate*, obligation de créer à l'avenir une nouvelle société avec d'autres membres..», de créer un nouveau rapport fondé sur *l'intuitus personae,* «.. mais non pas de rendre possible la continuation de l'ancienne société avec les éléments nouveaux. Si l'intention des parties est de rendre le groupement indépendant des personnes qui le composent, le rapport qu'elles fondent n'est pas un rapport de société, mais d'association.» (102)

La thèse de Ferrara, à notre avis, se recommande hautement du bon sens, comme, d'ailleurs, de la tradition. La distinction des groupements tirée du but

(100) Cet élément même de nombre illimité n'est point essentiel : un cercle qui fixe à un chiffre déterminé le nombre de ses membres, d'ailleurs interchangeables, est une association : cf. *Ferrara*, op. cit., p. 804.

(101) *Ferrara*, op. cit., p. 499.

(102) *Ferrara*, op. cit., p. 500.

qu'ils poursuivent est inacceptable en raison, car « la qualité du but n'influe pas sur la substance du rapport » (103) ; pourvu que l'on ait affaire à des groupements licites, les règles juridiques qui déterminent la portée et les conséquences du rapport social ne peuvent différer sensiblement sans tomber dans l'arbitraire : « A supposer qu'il s'agisse de buts honnêtes, en quoi, demande *de Vareilles* (104), la diversité du but peut-elle modifier la nature et les effets essentiels du contrat d'association —(lato sensu)—, les avantages et les dangers du groupement ? C'est dans l'organisation des groupements, dans l'ampleur qu'ils peuvent prendre et la durée qu'ils peuvent avoir, c'est là seulement que le législateur doit chercher le fondement d'une division générale justifiée et d'une variété de règles et de précautions. C'est ce qu'il a fait à Rome et dans l'ancien droit (104 bis), où la *societas,* la société, était l'association formée entre deux ou plusieurs personnes limitativement déterminées en vue de n'importe quel but ; et où le *collegium,* la *communauté,* était l'association ouverte, admettant, pour n'importe quel but aussi, toutes les personnes qui remplissaient telle ou telle condition de profession, de domicile ou de résidence..., susceptible par là de devenir une puissance considérable et de se prolonger indéfiniment. La société était libre ; le collège ou communauté était soumis au régime de l'autorisation.» Veut-on une contre-épreuve de la justesse de ce raisonnement ? demandons-la à la loi française du 1er juillet 1901 : par crainte de la mainmorte, elle interdit aux associations, fussent-elles déclarées ou même reconnues d'utilité publique, de

(103) *Ferrara*, op. cit., p. 497.

(104) *de Vareilles-Sommières*, op. cit., n°s 60 et 16 — cf. aussi, n° 706.

(104 bis) Contra : *Hayem*, op. cit., p. 8 à 18.

posséder d'autres immeubles que ceux nécessaires, voire strictement nécessaires, au but proposé (articles 6 et 11) ; elle réserve aux seules associations reconnues d'utilité publique le droit d'acquérir à titre gratuit, et encore ce droit est-il subordonné à une autorisation administrative (article 11) ; mesures qui peuvent avoir leur raison d'être à l'égard des associations à durée indéfinie ; véritable non-sens, et dès lors restrictions injustifiables à la liberté des citoyens, en ce qui concerne les groupements, quel que soit leur objet, à personnel fixe et donc à durée temporaire, où la formation de la mainmorte ne se peut même concevoir (105). D'autre part, l'engagement de l'associé change évidemment de contenu et de portée, et appelle donc une discipline juridique différente, selon qu'il est, ou non, donné et reçu *intuitu personae*.

Mais cette distinction entre les groupements ouverts et fermés, la seule rationnelle et traditionnelle, est-elle soutenable sur le terrain du droit positif ? Non, sans aucun doute, en droit français, depuis la loi de 1901, et sa définition, à l'article 1er, de l'association ; de sa combinaison avec l'article 1832 du Code civil, la distinction tirée du but nous est imposée, et peut-être à l'exclusion de toute autre, comme nous l'avons vu plus haut (106). Par contre, en droit italien, rien ne s'oppose, nous semble-t-il, à suivre le bon sens : ici, pas de définition de l'association qui nous enchaîne ; reste, il est vrai, l'article 1697 du Code civil (= 1832 code

(105) cf. *de Vareilles-Sommières*, op. cit., n° 844.

(106) Si du moins le critérium tiré du but avait été judicieusement choisi ! Même si l'on concède l'aptitude du but social à différencier les groupements, la considération, à ce point de vue, du partage de bénéfices entre les membres est divinatoire (cf. *Michoud*, op. cit., I, p. 251-2). La distinction allemande du caractère économique ou non de l'objet est, nous le savons, plus ou moins adoptée par quelques auteurs italiens (cf. supra, note 97).

français) et sa définition de la société, groupement où l'on met quelque chose en commun dans le but de partager le bénéfice (*guadagno*) qui en pourra résulter : on pourrait discuter la portée du mot « *guadagno* » et se refuser avec un certain nombre de décisions judiciaires (cf. Cassation Florence, 30 décembre 1869, supra note 83) à l'interpréter dans le sens étroit de bénéfice pécuniaire (107) ; mais, à l'admettre même, avec l'ensemble de la doctrine (108) et une jurisprudence de plus en plus nombreuse, il en résulte seulement que la société est nécessairement un groupement ayant pour but le partage de bénéfices entre ses membres, non pas que l'association comprend tous les groupements ayant un but autre que le partage de bénéfices : en d'autres termes, à côté de la société, groupement essentiellement fermé, et à but lucratif, et de l'association, groupement essentiellement ouvert (109), il faut faire une place aux groupements fermés à but non lucratif, exilés du cercle de l'association parce que celle-ci rationnellement est un groupement à personnel

(107) La discussion était réduite sensiblement aux mêmes termes en France avant 1901 (cf. *Hayem*, op. cit., p. 56 à 65) ; contre l'opinion dominante et le sens strict du mot bénéfice à l'article 1832, *de Vareilles-Sommières* a émis des doutes très suggestifs (cf. op. cit., n°s 705-710), dont la portée pratique, il est vrai, comme l'auteur le reconnaît lui-même, est neutralisée par la loi nouvelle; cette thèse mériterait peut-être d'être reprise en droit italien : cf. pourtant, la note suivante.

(108) cf. les auteurs cités supra note 87 — *Ferrara* lui-même, bien qu'à regret semble-t-il, adhère sur ce point à la doctrine commune (op. cit., p. 497).

(109) Y compris même, croyons-nous, les groupements à but lucratif ; mais ceux-ci seront généralement soumis aux lois commerciales : sociétés commerciales de capitaux, ou à forme commerciale : pour *Ferrara*, les sociétés commerciales de capitaux ne sont pas techniquement des sociétés, mais des « corporations — (associations douées de personnalité) — à but de société » (cf. *La personalita giuridica delle societa di commercio*, dans *R. d. comm.*, 1910, I, p. 96; *et Teoria delle persone giuridiche*, p. 570.

interchangeable, et de celui de la société par son but aux termes du droit positif (article 1697) ; ces groupements intermédiaires n'ont qu'un trait commun avec l'association : ils ne sont, pas plus qu'elle, réglementés par la loi ; ils ne présentent qu'une seule différence, avec la société, celle du but, si peu importante avons-nous vu, si bien que presque toutes les règles de cette dernière leur seront appliquées par analogie (cf. infra, chapitre VIII n° 27 (110).

Pour répondre à l'attente du lecteur français, ainsi que pour nous conformer au sentiment dominant en Italie qui fait rentrer dans l'association tout groupement autre que les groupements lucratifs (*Giovene,* cf. supra n° 8), autre que les groupements à la fois lucratifs et fermés (*Coviello N.,* cf. supra n° 9), nous nous proposons d'étudier ici les groupements à but non lucratif (cf. ci-dessus texte et note 1909), qu'ils soient ouverts ou fermés, c'est-à-dire aussi tous les groupements considérés en France comme associations. Sans oublier, toutefois, que l'absence en Italie d'une définition de l'association analogue à celle de la loi française de 1901, nous oblige à respecter, avec *Ferrara,* le caractère rationnel de groupement ouvert, à éléments interchangeables, traditionnellement reconnu à l'association : nous l'appellerons « *association ouverte* », bien qu'à elle seule convienne le terme association ; nous désignons du nom d'« *associations fermées* » les groupements non lucratifs formés entre personnes déterminées, ces *quasi-sociétés,* ces « sociétés sans but de lucre », comme dit *Ferrara* (111); mais il

(110) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 497.

(111) op. cit., p. 497 — « Association fermée » est sans aucun doute une expression impropre, nous la croyons plus commode pour le lecteur français : comme on le verra, c'est, du reste, le mot seul que nous accordons, et notre examen ne confondra pas les « sociétés sans but de lucre » — (associations fermées) — et les « associations » — (associations ouvertes).

faut se garder, comme on le fait trop souvent, de les confondre, et de déterminer les règles des groupements non lucratifs sans la distinction fondamentale qu'appelle la fixité ou la mobilité de leurs membres.

N° 11. Qu'elle soit ouverte ou fermée, l'association se livre parfois d'une manière habituelle à des actes de commerce. Puisqu'il est généralement admis que « l'acte ne perd pas son caractère commercial par cela seul qu'il n'a pas pour but le gain » (112), « les deux concepts : groupement à but non lucratif, ou association, et association commerciale, peuvent parfaitement coexister » (113). Autrement dit, « la fin de lucre qui caractérise la spéculation commerciale, et qui est inhérente au concept d'entreprise, est considérée sous le rapport exclusif du résultat économique immédiat, à savoir du profit qu'une ou plusieurs personnes se proposent d'obtenir par leur activité, sans aucun égard aux buts ultimes auxquels ce profit peut être destiné et effectivement dévolu, buts altruistes aussi bien qu'égoïtes, d'intérêt privé ou public... Ce n'est pas là subordonner la valeur éthique et l'importance sociale du but à la matérialité du moyen — (spéculation à fin de lucre) — employé pour l'obtenir, mais bien et seulement considérer ce moyen pour ce qu'il est, et, en le ramenant à la catégorie à laquelle il appartient, le soumettre à la discipline, qui, précisément parce que la plus adéquate à son intime essence, en assure mieux et plus efficacement la réalisation juridique et le résultat pratique » (114). C'est ce que décide

(112) *Vivante*, *Trattato di diritto commerciale*, cité, 1re édition, I, n° 27 — cf. aussi *Thaller*, *Traite élémentaire de droit commercial*, 3e édition, n° 21, cité par *Giovene*, op. cit., p. 24.

(113) *Giovene*, op. cit., p. 24.

(114) *Tartufari*, note, citée, sous Appel Florence. 13 janvier 1906, dans *F.I.*, 1907, I, p. 239-40.

la Cour de Cassation de Florence, le 28 novembre 1907 (115), en cassant un arrêt de la Cour d'Appel de Florence (cité note 114), à propos d'un comité entrepreneur de spectacles publics payants assumés dans un but de bienfaisance : pour justifier sa décision, d'après laquelle les actes du comité constituaient des actes de commerce, la Cour rappelle l'argument, — déjà invoqué par *Tartufari* dans sa note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Florence soumis au contrôle de la Cour de Cassation (116) — tiré de ce qu'on soumet à l'article 3 du Code de commerce et considère comme actes de commerce les entreprises de l'Etat et des communes, bien qu'exercées dans un intérêt public (117).

Ces associations commerciales, dont nous ne nous proposons pas de faire un examen spécial, ne trouveront-elles pas tout naturellement leur statut dans les règles sur les sociétés commerciales sur le modèle desquelles elles se seraient formées ? Il semble qu'elles ne peuvent prétendre à ce régime privilégié, puisque, pour la société commerciale comme pour la société civile, le partage de bénéfices entre les membres est exigé des

(115) dans *R. d. comm.*, 1908, II, p. 114, avec note de *Bolaffio* dans le même sens — Un arrêt de la Cour d'appel de Bologne, du 10 décembre 1906, critiqué par *Tartufari* (note citée dans F.I., 1907, I, p. 234 et sq.) , refuse au contraire de reconnaitre une obligation solidaire à la charge des membres d'un comité formé pour organiser et gérer une exposition ; mais ici la discussion se compliquait du fait que l'organisation d'une exposition, en elle-même, n'est pas universellement admise comme un acte de commerce : c'est pour ce motif que l'arrêt est approuvé par *Pacchioni*, art. cit., dans *R. d. comm.*, 1907, II, p. 249.

(116) cf. la note citée dans *F.I.*, 1907, I, p. 231 et sq.

(117) Nous raisonnons ici en tenant compte de la doctrine dominante exposée aux nos 8 et 9 ci-dessus ; il est clair que pour *Ferrara* la difficulté ne peut même se poser : l'association étant un groupement ouvert sans acception de but quelconque (cf. supra, note 109 in fine).

auteurs les plus considérables (118). La question, on le remarquera, est d'importance, car la solution qu'on lui donne est susceptible d'être étendue aux associations civiles elles-mêmes : puisque les sociétés civiles qui se sont constituées dans les formes des sociétés commerciales par actions sont soumises aux lois qui régissent ces dernières, sauf en ce qui concerne la faillite et la compétence (articles 229 et suivants du Code de commerce) n'y a-t-il pas là, pour les associations, même civiles, « une porte ouverte pour pénétrer dans la zone protégée des personnes juridiques sans qu'il soit besoin de décret royal » ? (119). On voit dans les travaux préparatoires du Code de commerce que le rapport *Finali* sur l'article 229 visait indistinctement toutes sortes de groupements et attendait même de cette disposition « la solution de beaucoup de difficultés que rencontraient jusque-là des entreprises ayant pour but l'instruction et l'éducation du peuple » ; au contraire, le rapport *Mancini,* dans la dernière phase de confection de ces articles, parle toujours de « sociétés qui ont un but de lucre », « qui sont en règle avec les principes du Code civil » (120). Le texte de l'article 229 ne nous semble pas, d'ailleurs, permettre le doute : il parle des « sociétés civiles », et cela suffit à exclure les groupements non lucratifs dès qu'on se croit lié avec l'ensemble de la doctrine à reconnaître le caractère essentiellement lucratif de la société ; et telle est la conclusion de la Cour d'appel de Turin, dans un arrêt du 14 novembre 1913 (120). Mais la discussion n'est pas close, comme en témoigne un arrêt de la Cour

(118) cf. les passages, cités supra note 87, de *Vivante, Manara, Navarrini.*

(119) *Ferrara, op. cit., p.* 1046.

(120) cf. *G.I.*, 1914, I, 2, 232, note sous Appel Turin, 14 novembre 1913.

d'appel de Milan du 26 août 1919 : une société d'agrément, s'étant constituée dans les formes d'une société anonyme, agissait en justice au moyen de son président ; la partie adverse objecta qu'on avait affaire à une association, non à une société, qu'en conséquence le groupement n'avait pas obtenu la personnalité en assumant les formes des sociétés anonymes, et que les membres devaient tous intervenir au procès *ut singuli* ; or la Cour donne acte au groupement que toutes les pièces relatives à sa constitution ont été déposées, transcrites, affichées et publiées conformément à la loi commerciale, ce qui semble bien impliquer pour l'association la possibilité d'emprunter efficacement les formes des sociétés par actions ; il est vrai que l'arrêt continue en constatant que, bien qu'il s'agisse d'un groupement n'ayant pas pour objet des actes de commerce — (il faudrait dire : des opérations lucratives pour répondre à l'objection posée) — la représentation en tout cas peut être valablement conférée au président de l'association (que la Cour appelle d'ailleurs une société) (121); si nous l'entendons bien, ce rappel des règles de la société ou de l'association n'est qu'une précaution : la représentation serait régulière, dit la Cour, même si ce groupement n'était qu'une association ou une société civile ; il s'est d'ailleurs conformé à toutes les prescriptions de la loi sur les sociétés civiles à forme commerciale (122).

(121) Mais sans parti pris, très certainement : car si la Cour voyait une société dans ce cercle d'agrément, l'efficacité de l'adoption des formes propres aux sociétés commerciales serait hors de doute ; et le raisonnement subsidiaire de la Cour, indiqué au texte, sans objet aucun, deviendrait incompréhensible.

(122) dans *M.T.*, 1919, p. 691-2 — En France, la Cour de Cassation, et dès avant la loi de 1901, a réservé aux sociétés civiles proprement dites le bénéfice des dispositions sur les sociétés civiles à forme commerciale : arrêt du 23 octobre 1894 (*Sirey*, 1895, I, 65) à propos d'une société scientifique de spiritisme qui s'était constituée dans les formes des sociétés anonymes à capital variable (cité et approuvé par *Trouillot et Chapsal*, op. cit., p. 65.

N° 12. Avant d'abandonner la distinction de l'association et de la société, signalons pour mémoire la combinaison parfois suggérée pour suppléer à la prétendue incapacité de l'association, et qui consiste à adjoindre au contrat d'association un contrat de société entre les mêmes personnes, et dont les bénéfices serviraient précisément à alimenter l'association incapable (123). On sait que le projet primitif de la loi française de 1901 prévoyait cette adjonction ; au cours de la discussion, l'idée, vivement combattue ,sembla abandonnée (124), et ne figure pas au texte définitif ; mais que l'interprète soit ou non lié par les travaux préparatoires, — dans une hypothèse, surtout, où ils ont été si confus —, c'est sur un terrain plus large que la loi française de 1901 qu'il faut porter la question : or, dans toute législation où la société est un groupement à but de lucre, si la soi-disant société, adjointe au contrat d'association, n'est formée que pour fournir des ressources à l'association, et si par le fait même des bénéfices ne doivent pas être partagés entre ses membres, elle ne peut logiquement être tenue pour une société, mais se confond avec l'association, ouverte ou fermée, à laquelle on la voulait adjoindre (125).

(123) *de Vareilles-Sommières, Le Contrat d'association*, p. 168 ; (mais cf. sa critique, sur ce point, du projet de loi de 1901, dans : les *Personnes morales*, n°s 804 et sq.) — *Eyquem, Essai sur la capacité des associations avant et après la loi du* 1er *juillet* 1901, Thèse Bordeaux 1903, p. 260, cité et critiqué par *Margat*, article cité dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p. 243.

(124) cf. *de Vareilles-Sommières, Personnes morales*, n°s 804-5 — *Margat*, op. cit., p. 243-6

(125) cf. *Béjanin, De la capacité juridique des associations d'après la loi du* 1er *juillet* 1901, Thèse Paris 1904, p. 82, cité par *Margat*, article cité dans *Revue trim. de dr. civil*, 105, p. 245.

Ce n'est pas par cette voie détournée que l'association peut aspirer à la vie juridique ; le contrat d'association est juridiquement obligatoire, producteur d'effets de droit, comme nous allons essayer de le montrer en critiquant l'opinion qui dénie toute valeur à l'association non revêtue de la personnalité civile.

Chapitre V

Validité du contrat d'association et éléments constitutifs. — Application aux comités promoteurs et aux Congregations religieuses supprimées

---

N° 13. Le contrat d'association est valable quand il réunit les conditions exigées de tout contrat, relatives au consentement et à la capacité des parties, à l'objet et à la cause de l'obligation. — N° 14. Réfutation de l'objection à la validité du contrat tirée de l'absence d'intérêt pécuniaire des associés. — Nécessité du caractère patrimonial de l'objet de l'obligation : l'association obéit en cela au droit commun des contrats. — N° 15. En conformité avec ce droit commun, l'engagement des associés doit être sérieux. — N° 16. Application des principes précédents aux *comités promoteurs*. — N° 17. Aux congrégations religieuses.

N° 13. « Le principe de la liberté de s'associer, dit *de Valles* (126), ne produit pas d'effets seulement dans le domaine des droits constitutionnel et pénal ; il exerce une influence en droit privé, en tant qu'il fonde le caractère licite du lien obligatoire tendant à faire surgir un groupement ». S'il est vrai que le droit italien, comme

(126) *La condizione giuridica e processuale degli enti di fatto*, dans *R. d. civ.*, 1918, p. 13.

le droit français, consacre l'autonomie de la volonté humaine, et que les contrats, nommés ou non (article 1103 du Code civil), ont, légalement formés, force de loi pour ceux qui les ont conclus (article 1123), il ne paraît pas douteux que le contrat d'association, — bien que sa nature même si le groupement est ouvert ; ou le droit positif (article 1697 du Code civil) au cas contraire, défendent de le confondre avec la société, — n'en constitue pas moins une convention juridiquement obligatoire. Si en France et en Belgique cette validité a été longtemps contestée, c'est sans doute, que, tout en admettant en principe l'efficacité de la volonté humaine dans la formation des contrats, nous « restons trop souvent fidèles au souvenir, et dociles aux conséquences, des catégories romaines qui dominent encore... l'ensemble de notre législation écrite en ces matières. Pourtant, si ces catégories peuvent légitimement encore éclairer l'interprétation des volontés qu'elles synthétisent, il ne faudrait pas oublier que les dispositions légales qui les consacrent ne valent aujourd'hui que comme des compléments de volonté... Surtout, il faudrait nous souvenir que tout n'est pas dans les catégories légales, qu'en dehors de celles-ci les contractants ont pu former des engagements *sui generis* » (127). Et *Brugi*, de son côté, constate : « Nous ne sommes pas encore habitués à employer le très large, j'allais dire : l'amorphe concept actuel de contrat — (tel que le définit l'article 1098 du Code civil (128) — ; nous cherchons toujours, sans nous en apercevoir, des figures typiques et traditionnelles de contrats »

(127) *Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, p. 526-7.

(128) « Le contrat est l'accord de deux ou plusieurs personnes pour créer, réglementer ou dissoudre entre elles un lien juridique » (Comparez art. 1101 Code civ. français).

(129). Or, si le silence de la loi sur le contrat d'association n'a jamais amené la doctrine italienne à douter de sa validité, il n'en est pas toujours ainsi de la jurisprudence : la Cour de Cassation de Florence, le 9 avril 1908, n'a-t-elle pas déclaré que « les rapports entre associés et préposés à l'administration du groupe n'ont pas une nature juridique qui permette de faire appel à la protection de la loi.. » ; qu' « un associé ne peut prétendre que la loi est violée à son détriment s'il ne démontre pas la lésion d'un droit indépendant des prérogatives découlant exclusivement de sa qualité d'associé » ? (130) Position insoutenable, parce qu' «.. un accord de volontés, établi entre personnes capables, en vertu d'un consentement valable en subtance et quant à la forme, dont l'objet réunit les conditions légales — : c'est-à-dire, est possible, licite, déterminé, susceptible d'exécution forcée, — et dont la cause enfin est licite, ne peut pas ne pas constituer un contrat générateur d'obligations. » (131). Si, par hypothèse, les associés sont capables et l'objet de l'association licite, le contrat synallamatique d'association engendre, à la charge de chaque associé vis-à-vis des autres, l'obligation à certaines prestations personnelles ou pécuniaires, obligation dont la cause n'est autre que l'objet de l'obligation des autres associés (132). Sans doute, toute collectivité organisée poursuivant un but commun ne constitue pas une association : ainsi, un corps judiciaire, la masse des créanciers d'une fail-

(129) *Modi e limiti in cui risponde un comitato per obbligazioni derivanti da contratti con terzi, anche se stipulati dal solo présidente*, dans *R. d. comm.* 1906, II, p. 237.

(130) dans *G.I.*, 1908, I, 1, 872, cité par *Giovene*, op. cit., p. 66-7.

(131) *Lessona*, article cité, dans *R. d. comm.*, 1910, I, p. 382.

(132) cf. *de Vareilles-Sommières*, op. cit., n° 663 — *Giovene*, op. cit., p. 69.

lite ; de même, les membres d'un comité exécutif, élu par une association, ne forment généralement pas une association nouvelle, parce qu'ordinairement ils n'entendent pas s'engager respectivement les uns les autres à poursuivre les mesures d'exécution auxquelles les prépose leur désignation : ils ne sont que des co-mandataires de l'association qui les délègue, et membres de cette dernière seulement, comme leurs mandants eux-mêmes (133). Pour que surgisse l'association, il faut à la collectivité organisée tendant à un but commun un lien juridique obligatoire, et qui est précisément l'engagement mutuel de poursuivre le but par des moyens déterminés.

N° 14. Le caractère juridique de ce lien a été souvent dénié en France et en Belgique sous le prétexte vague que les parties au contrat d'association n'ont pas intérêt à en réclamer l'exécution : l'intérêt étant la justification et la mesure de l'action, celle-ci ne serait donc pas ouverte aux associés, et leur soi-disant contrat sans existence juridique, puisque démuni a priori de toute sanction. L'objection ne peut s'adresser, bien entendu, qu'aux seuls groupements purement désintéressés. Remarquons d'abord qu'une telle préocupation, qui doit s'étendre logiquement au delà du contrat d'association, aboutit à déclarer sans valeur tout contrat où la prestation stipulée a pour destination ultime une libéralité envers un tiers : « Quinconque veut agir en vertu d'un contrat doit prouver que l'exécution lui en est

(133) cf. *Giovene*, op. cit., p. 56-8; et *Tartufari*, art. cit., dans *F. I.*, 1907, I, p. 234 et sq., cité par *Giovene*, op. et loc. cit. — *Bolchini, Ancora sulle pubbliche sottoscrizioni, dans* R. d. *comm.*, 1906, I, p. 458, les considère, d'ailleurs, comme étant parfois mandataires en leur propre nom : sur cette thèse et les arrêts qu'elle invoque, cf. infra note II partie, chapitre XVIII n° 62, et en particulier note 662.

utile ; qui a bonne vue est mis en demeure de justifier pourquoi il a acheté des lunettes, et qui a des cheveux pourquoi il a acheté une perruque ! » (134) Qu'est ce à dire si ce n'est que le motif ou l'intérêt qui guide le stipulant représente un élément juridiquement indifférent; le droit ne protège pas seulement les intérêts matériels (135) ; à qui revendique la protection d'une faculté sur le fondement de la loi ou d'une convention licite, le droit n'exige pas qu'il lui rapporte la preuve d'un avantage patrimonial escompté ; vous achetez des vivres, en temps de disette, pour en faire distribution aux pauvres, vous commandez un feu d'artifice pour rehausser l'éclat d'une fête publique : la charité, ou l'ostentation peut-être, qui vous guident, ne permettent pas au fournisseur ou à l'artificier de se dérober à l'engagement pris envers vous, sous prétexte que vous n'avez pas intérêt pécuniaire à son exécution (136) ; et comment les associés pourraient-ils sous ce même prétexte s'opposer respectivement l'inefficacité de leur contrat, se refuser à exécuter leurs engagements ? (137)

(134) *V. Scialoja*, dans *A.G.*, 1880, p. 491-2, résumant *Ihering*, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.*

(135) cf. *Giovene*, op. cit., p. 70 — *Ferrara*, op. cit., p. 729.

(136) cf. *Ferrara*, compte-rendu de *Le pubbliche sottoscrizioni*, de *Bolchini*, dans *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1905, p. 406.

(137) Au surplus, *de Vareilles-Sommières* soutient finement que l'intérêt matériel même existe pour les associés : «L'entreprise dans laquelle chacun d'eux se complaît et a le droit de se complaire nécessite des dépenses. Si un seul d'entre eux l'entamait et la poursuivait avec ses seules ressources, il devrait supporter seul ces dépenses, ce qui serait très lourd pour lui, et le plus souvent au-dessus de ses forces. Chacun d'eux a donc intérêt à avoir des associés, qui, par leurs apports, diminuent pour lui les charges de l'opération qu'il veut accomplir» (op. cit., n° 314). — Cette argumentation est d'ailleurs superflue, comme on le voit au texte.

Aussi bien, ceux qui, à tort, objectent à l'association le manque d'intérêt pécuniaire de ses membres, ont-ils le sentiment confus de la nécessité d'un autre élément pour la validité de l'obligation : nous voulons parler du caractère patrimonial de l'objet de l'obligation. Précisément, la discussion sur ce dernier point a été souvent obscurcie par la confusion avec le caractère patrimonial de l'intérêt du créancier (138) : on demande si l'objet de toute obligation doit être évaluable en argent, et on répond fréquemment en discutant la nature de l'intérêt que son exécution offre au créancier ; or, ce sont là questions bien distinctes, et si l'intérêt du créancier à l'exécution de la prestation peut être, nous venons de le voir, aussi bien moral que patrimonial, la nécessité du caractère patrimonial de la prestation, quoique maitenant contestée par la doctrine dominante sur les traces d'*Ihering,* est solidement appuyée sur l'impossibilité de convertir, le cas échéant, en dommages-intérêts la prestation qui n'a pas une valeur patrimoniale (139). Il suffit, — mais il faut —, que le créancier, puisque, en cas d'inaccomplissement de l'obligation, réclamer une compensation pécuniaire (140). Ainsi, comme le montre *Polacco,* l'engagement pris envers moi par un musicien de venir jouer dans ma maison pour un bal est juridiquement obligatoire, parce que « la prestation promise : le fait par le musicien de jouer est évaluable en argent et ordinairement rémunéré comme objet de location d'ouvrage », et

138) cf. *V. Scaloja*, *Diritto delle obbligazioni*, cours universitaire, 1898-9, pages 45, 73, cité par *Giovene*, op. cit., p. 70 — *Polacco*, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2e édition 1914, I, p. 199 — *Ferrara*, compte-rendu cité, dans R.I., 1905, p. 406-7.

(139) cf. *Polacco*, op. cit., p. 197-201 — *Giovene*, op. cit., p. 69 et 70.

(140) cf. *Polacco*, op. cit, p. 199.

pourtant je n'ai pas un intérêt pécuniaire à l'exécution ; l'obligation assumée par le patron de laisser quelques heures de liberté à son domestique le dimanche, la promesse du locataire au propriétaire de ne pas jouer de piano, représentent aussi des obligations valables, malgré l'absence d'intérêt pécuniaire du stipulant, parce que l'objet en est appréciable en argent : « car s'il n'avait pas eu en vue cet avantage, le domestique aurait élevé ses prétentions de gages ; et le bailleur, de loyer ; si bien que ces clauses représentent toujours une partie de la contre-prestation incombant au patron ou au locataire dans ces contrats synallamatiques » ; et c'est ainsi que déjà Papinien (Digeste, liv. 18, tit 7, loi 6, par. 1) justifiait la délivrance de l'action au vendeur, en cas de contravention par l'acheteur à la clause l'obligeant à ne pas maltraiter l'esclave vendu, ou à ne pas le livrer à la débauche : l'intérêt du vendeur à l'observation de cette clause est purement moral, mais l'obligation contractée par l'acheteur n'en est pas moins valable, car, faute d'exécution, la compensation en dommages-intérêts sera possible : il suffira de supputer la diminution de prix qu'a dû consentir le vendeur pour limiter ainsi la liberté de l'acheteur : « *quoniam hoc minoris homo venisse videatur* » (141). Ainsi précisé, le caractère patrimonial de la prestation ne peut sembler une condition arbitraire de la validité de l'obligation, puique, à l'exiger, on ne fait qu'énoncer cet aphorisme qu'il n'y a pas d'obligation juridique proprement dite dépourvue de sanction. En appliquant ce principe à l'association, nous admettrons, par exemple, avec *Giovene,* que dans un groupement où l'on s'engage à visiter à tour de rôle les malades, — à l'exclusion de toute obligation de contribution pécuniaire, — les membres ne sont pas liés par un rapport juridique,

(141) cf. *Polacco*, op. cit., p. 199-201.

obligatoire, faute de détermination possible de la valeur de la prestation, à caractère purement moral, dans l'hypothèse d'inexécution : un tel groupement ne constitue donc pas, juridiquement, une association (142). Mais il suffirait que l'objet de l'obligation se prêtât à une évaluation pécuniaire pour aboutir à la solution contraire : ainsi, croyons-nous, d'un groupement où les membres s'engageraient, non plus à visiter, mais à soigner alternativement des malades déterminés, les victimes d'une catastrophe, par exemple : ici, l'inexécution, à ce point de vue du moins (143), peut engendrer des dommages-intérêts, dont la mesure sera fournie par le prix qu'il faudra au qu'il aurait fallu débourser pour s'assurer un garde-malades. Enfin, si les associés se sont obligés à des prestations en argent, en particulier sous forme de cotisations, il est hors de doute que le contrat, à cet égard, est valable en tous cas, quel que soit le désintéressement du but poursuivi par les associés (144).

N° 15. Conformément encore aux principes généraux des contrats, le lien juridique entre les membres, nécessaire au contrat d'association, fera défaut, si les associés n'ont pas entendu effectivement s'obliger, contracter une obligation à caractère juridique. *Ihering*, qui abandonne le critérium de l'obligation juridique tiré du caractère patrimonial de la prestation, y substitue celui-ci : que l'engagement ne soit pas inspiré d'un pur esprit de complaisance et de sociabilité (145). On a

(142) cf. *Giovene*, op. cit., p. 71.

(143) Réserve faite, en effet, de la question de savoir si, en l'espèce, les membres ont voulu s'engager sérieusement : cf. infra n° 15.

(144) cf. *Tartufari*, art. cité, dans *F.I.*, 1907, I, p. 236 — *Giovene*, op. cit., p. 68-9.

(145) *Ihering*, consultation citée, dans *Iherings Jahrbücher*, XVIII, IV, 1880, p. 1 à 34, résumé par *V. Scialoja*, art. cit., dans *A.G.*, 1880, p. 473-8. — cf. aussi, sur cette opinion, *Giovene*, op. cit., p. 70.

reproché à cette considération de diminuer la sécurité du commerce juridique en introduisant une distinction qui n'est pas susceptible d'aboutir en pratique à des résultats précis et constants (146). Surtout, on s'est refusé à ce que la volonté des contractants puisse suspendre les conséquences qu'attache à sa manifestation l'ordre juridique : « La volonté privée, disent *Fadda et Bensa* (147), en aucun sens et à aucun point de vue ne peut créer d'effets juridiques, mais elle s'exprime seulement en désignant certains buts, au service desquels le droit, quand il le juge opportun, met sa force tutélaire. En conséquence, la volonté privée est tendue directement et essentiellement au but pratique, empirique, non pas au moyen juridique prêté par la loi pour l'atteindre ». Aussi, « une déclaration de volonté produit une responsabilité déterminée du déclarant; cette responsabilité est une conséquence de l'ordre juridique même » (148), non pas de la volonté humaine, aussi impuissant à l'écarter qu'à la produire. Et *Fadda* illustre par les solutions du droit romain l'indifférence de l'intention réelle des parties à l'efficacité de leur déclaration : l'acheteur qui croit, à tort, acheter *a non domino* ne devient pas moins propriétaire grâce à la tradition : « sa déclaration de vouloir acheter produit effet juridique, bien qu'il soit persuadé que la propriété ne lui sera pas transférée... L'effet juridique se produit, quoique l'intention du déclarant ne puisse, à raison de sa fausse persuation, être tendue vers lui ; bien mieux : quoique, par suite de cette persuation, l'intention d'obtenir l'effet juridique soit nette-

(146) cf. *Ferrara*, compte-rendu cité, dans *R.I.*, 1905, p. 411 ; *Ancora in tema di oblazioni*, dans *R. d. comm.* 1906, I, p. 565-6. — *Brugi*, art. cit. dans *R. d. comm.*, 1906, II p. 237. — *Tartufari*, art. cit, dans F.I., 1907, I, p. 236.

(147) notes sur *Windscheid*, citées, I, , p. 840-1.

(148) *Brugi*, art. cit., dans *R. d. comm.*, 1906, II, p. 238.

ment exclue ». Et, de même, l'affranchissement de l'esclave, que le maître croit, par erreur, appartenir à autrui, n'en opère pas moins libération de l'esclave : « L'ordre juridique produit l'effet, car il envisage le résultat de fait auquel tend le déclarant, même quand celui-ci, non seulement ne pense pas à l'effet juridique, mais dans son opinion l'exclut. » (149)

Et, sans doute, on ne peut rien objecter à la fine analyse de *Fadda et Bensa,* en tant qu'elle fait apparaître la loi, et elle seule, à la source de l'obligation conventionnelle elle-même ; et on admettra aussi, sans difficulté, qu'il n'est pas nécessaire que les contractants aient aperçu distinctement toutes les conséquences juridiques de leur déclaration pour que ces conséquences se produisent effectivement : si le juriste, à les déterminer, peine et tâtonne souvent, rien d'étonnant à ce que le profane n'en ait pas toujours une vision parfaite. Nous irons plus loin : l'intention des parties ne saurait écarter les effets attachés par l'ordre juridique à leur déclaration, si cette intention ne se manifeste pas d'une manière quelconque au moment de l'acte ; c'est expressément le point de vue du législateur, dans l'hypothèse d'une intention secrète, commune aux deux contractants, contraire à leur déclaration : la simulation n'est pas opposable aux ayants-cause à titre particulier de l'une des parties, qui peuvent se prévaloir de l'acte apparent ; d'autre part, si la restriction mentale est le fait d'une seule des deux parties, cette dernière ne peut l'invoquer à l'encontre de son co-contractant pour se dérober à l'exécution, quand même elle apporterait de cette restriction une preuve préconstituée : c'est là un tempérament indispensable

(149) *Fadda, Corso di diritto romano*, 1908-9 : *Parte generale con speciale riguardo allo teoria del negozio giuridico*, p. 216-8.

au système pur de l'interprétation de volonté (150) ; et si le droit canonique a pu ne pas y recourir, c'est qu'il compte, pour compléter ses dispositions, sur des règles d'ordre purement moral (151). Toutefois, cette déclaration de volonté, il faut la prendre tout entière : d'où, si le contractant subit, bon gré mal gré, les conséquences juridiques attachées par la loi à sa déclaration, il est bien vrai aussi que cette déclaration peut être telle qu'elle apparaisse distincte de la déclaration prise en considération et dotée de conséquences juridiques par la loi : ainsi, le contractant adjoint-il expressément à son engagement la déclaration qu'il entend n'être engagé que sur l'honneur, ou plus simplement qu'il exclut toute exécution forcée, il n'est pas douteux qu'on est alors en présence de rapports de pure sociabilité, non juridiques ; à défaut même de déclaration expresse, les circonstances de la déclaration de volonté, jointes à la considération des parties en cause et de l'objet de la prestation convenue peuvent autoriser la même conclusion : tout le monde reconnaît avec Ihering (152) que si je promets à un ami de me promener avec lui, ou de l'inviter à venir passer quelques jours à ma maison de campagne, je ne saurais y être contraint

(150) A moins qu'on ne préfère tenir le contrat pour nul, et obliger pourtant l'auteur de la restriction mentale, responsable d'un délit civil, à fournir les prestations promises, qui représentent le dommage subi et le gain manqué par le co-contractant, et donc, avec une exactitude parfaite, les dommages-intérêts exigibles.

(151) C'est-à-dire que le contractant malhonnête et prévoyant, qui a eu soin d'organiser à l'avance la preuve de sa duplicité, lui permettant d'opposer, dans la suite, à sa déclaration son intention réelle, est bien dispensé d'exécuter par le droit canonique, qui respecte scrupuleusement l'intention des contractants, mains non affranchi des règles de la morale chrétienne.

(152) consultation citée, dans *Iherings ' Jahrbücher*, XVIII, IV, 1880, p. 1 à 34, résumé par *V. Scialoja*, art. cit., dans A.G., 1880, p. 473-8 — cf. *Giovene*, op. cit., p. 70.

en justice ; et de même, si je lui promets de lui enseigner le latin (153). Si donc l'on imagine une association dont les membres s'engagent purement et simplement à se communiquer respectivement leurs connaissances techniques, il est fort probable que l'examen des circonstances commandera de ne voir autre chose dans cet engagement ou soi-disant tel que l'expression d'une complaisance et de rapports purement sociaux (154). C'est pourquoi il nous paraît trop absolu de conclure avec *Lessona* qu' « il n'est pas au pouvoir de ceux qui s'associent de ne pas créer de vrais droits, mais de simples facultés non protégées » (155) : sans doute, et il en va du rapport d'association comme de tout autre rapport contractuel, l'ignorance des contractants ou leur intention contraire restée secrète ne pourront faire échec aux conséquences juridiques que l'ordre juridique relie à leur déclaration, mais l'examen objectif de la déclaration des parties ou des circonstances de cette déclaration est susceptible de révéler le caractère facultatif, au regard du droit, de la prestation ; en particulier, dans les législations latines, on ne saurait admettre que, en présence d'un acte juridique, « le droit fait abstraction plus ou moins... de l'intention pratique manifestée par l'agent » (156).

(153) cf. *Ihering*, op. et loc. cit. note 152. — On remarquera que dans les deux derniers exemples le caractère patrimonial de la prestation est pourtant indiscutable : sa valeur est représentée par la dépense qu'il faudrait faire pour s'offrir une semblable villégiature ou pour s'assurer un précepteur : cf. *Polacco*, op. cit., I, p. 200 ; c'est donc ailleurs qu'il faut chercher la cause d'inefficacité juridique de la convention.

(154) cf. *Giovene*, op. cit., p. 71.

(155) *Lessona*, art. cit., dans *R. d. comm.*, 1910, I, p. 382.

(156) *Segré, tudi sul concetto del negozio giuridico secondo il diritto romano e secondo il nuovo diritto germanico*, dans *Rivista italiana per le scienze guridiche*, 1900, I, p. 28 — On remarquera que cet auteur se place sur un terrain différent du nôtre.

N° 16. Aussi, n'est-ce pas dans son principe même que la distinction de *Ihering* nous paraît critiquable, mais bien dans l'application qu'il en a faite aux *comités promoteurs*, à ces groupements dont les membres entreprennent une œuvre désintéressée en faisant appel à la générosité publique ; à moins d'une manifestation formelle en sens contraire, les membres du comité sont juridiquement tenus, les uns envers les autres, à fournir leur part des prestations nécessaires à l'œuvre commune, (absolument comme ils sont responsables envers un tiers fournisseur des dépenses engagées par le comité, s'ils n'ont pas au préalable notifié à ce tiers une volonté contraire) : à défaut de cette manifestation expresse, il ne reste qu'à tirer les conséquences légales de leur déclaration de volonté : son objet, ni les circonstances ne permettent de la tenir pour dénuée de portée juridique. Au surplus, devons-nous insister quelque peu sur ces comités promoteurs, qui ont donné naissance en Italie à une littérature très riche, et dont la doctrine a fait comme son terrain d'élection dans la recherche des règles applicables aux associations en général ; chemin faisant, d'ailleurs, cet examen nous permettra de constater une application concrète des principes énoncés dans ce chapitre. (157)

Lorsque se forme un groupe de personnes qui se

(157) Ces comités sont généralement désignés chez nous du nom de *«comités d'initiative»* ; nous leur gardons leur dénomination italienne de comités promoteurs de souscription publique. — Nous retrouverons les comités promoteurs dans notre 2e Partie, à propos de la représentation des associés, et des dettes de l'association (chapitre XVIII, n° 59). — Ici, c'est à l'existence et à la nature du contrat qui unit les membres du comité que nous nous attachons ; plus largement, nous profiterons de l'occasion pour étudier la situation juridique générale de tous les intéressés à la souscription ouverte par le comité, question étroitement dépendante de la nôtre.

proposent d'organiser des fêtes à l'occasion du centenaire d'un homme illustre ou d'un événement glorieux, d'élever un monument commémoratif, de porter secours aux victimes d'une catastrophe, en faisant appel à la générosité du public dont elles sollicitent les offrandes pour les gérer et les appliquer au but commun, il semble qu'on puisse sans difficulté considérer ces personnes comme liées par un rapport juridique absolument identique à celui qui unit les membres d'une association quelconque ; la seule particularité, en effet, que présente un tel groupement, c'est qu'au lieu de réclamer à ses membres les fonds nécessaires à l'entreprise, il les cherche au dehors, se proposant de provoquer et concentrer les dons des tiers. Mais une association ne peut-elle pas s'aider de libéralités étrangères ? et celles-ci constitueraient-elles ses ressources principales, ou même uniques, et seraient-elles recueillies grâce à une propagande organisée dans le public, que l'association n'en perdrait en rien son caractère juridique ; le contrat qui unit les membres, que nous supposons capables, agissant en vue d'un but licite, les oblige respectivement à des prestations déterminées : obligation de contribuer au prorata des dépenses qu'engagera le comité — sauf à les recouvrer, si possible, grâce aux souscriptions du public —, obligation de prêter leur activité personnelle à la réussite de la souscription et à l'administration des sommes recueillies; à défaut même de clause expresse, ces obligations pèsent sur chacun des membres : sinon, leur adhésion au comité n'a pas de sens ; on peut seulement remarquer avec *Tartufari* (158) qu' « autant il est naturel de reconnaître l'obligation réciproque de la contribution aux charges économiques et financières, autant il convient au contraire d'être prudent pour admettre celle, bien plus grave, et différente,

(158) *Tartufari*, art. cit., dans *F. I.*, 1907, I, p. 237.

d'une coopération personnelle active, surtout si l'on considère que bien souvent beaucoup des membres d'un comité sont entrés précisément pour exercer, par l'autorité de leur nom, une fonction purement décorative ». Le comité promoteur se présente donc comme une association ; et si, comme il arrive, il est ouvert à tous, c'est une asociation proprement dite.

Pourtant, la nature des comités promoteurs a été très discutée ; un arrêt ancien de la Cour d'Appel de Cagliari (159) se refuse même à y voir une « *figura juris* quelconque » ; et la question, bien qu'elle ait sérieusement progressé, ne laisse pas d'appeler l'inter vention du législateur au dire de ceux-là mêmes qui ont le plus fait, et le plus efficacement, pour l'élucider (160). La controverse a pris une vive impulsion à propos d'un comité promoteur, qui, dans le but désintéressé d'aider à la diffusion des moyens de communication et des rapports internationaux, avait entrepris en Suisse de promouvoir la constitution d'une société par actions pour la création et l'exploitation d'une voie ferrée ; on déniait au comité la capacité de contracter, et de comparaître en justice, en l'absence de personnalité juridique ; *Ihering,* dans une consultation célèbre, soutint l'opinion contraire, et tenta de définir la nature du comité et la situation juridique de ses membres. Ces derniers lui apparaissent comme des mandataires ; les souscripteurs (161) sont leurs commettants ; mais com-

(159) cité par *Giovene, Ancora sulla natura giuridica dei comitati*, dans *R. d. comm*., 1914, II, p. 6.

(160) cf. à ce sujet, l'opinion de *Ferrara*, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., p. 679.

(161) Nous emploierons ce terme, plus commode, bien qu'il ait été critiqué comme convenant exclusivement à ceux qui s'engagent à faire une offrande par opposition à ceux qui l'ont réalisée : cf. *Ferrara,* art. cit., dans *R.I.*, 1905, p. 417 ; art cit., dans *R. d. comm.*, 1906, I, p. 564-5. — *Giovene*, op. cit., p. 59.

me le mandat peut être accompagné ou non du pouvoir de représentation, il s'agit de savoir si les promoteurs, en contractant avec les tiers pour les besoins de l'entreprise, agissent au nom de leurs commenttants et les représentent, ou si au contraire ils contractent en leur nom propre et sont donc vis-à-vis des tiers seuls créanciers et débiteurs : si l'on admet cette seconde forme, le mandat sans représentation, les membres du comité peuvent agir contre leurs co-contractants, sans que soit nécessaire l'intervention des souscripteurs, leurs mandants, et peuvent également être actionnés directement ; or, c'est à cette solution, pour *Ihering,* que mène nécessairement l'examen des circonstances, même en l'absence de toute manifestation de volonté en ce sens de la part des promoteurs : « Comment ce Comité pourrait-il dire à un tiers qui a contracté avec lui : Nous sommes désolés de n'avoir pu trouver d'autres coopérateurs, mais vous saviez de par notre qualité de comité que nous ne contractions pas en notre nom ; allez donc chercher vous-même ces coopérateurs que nous n'avons pas trouvés. Et ce qui est vrai des dettes du Comité l'est aussi des créances. Pour conclure, il faut dire quun comité, sauf le cas où il a expressément manifesté une volonté contraire, contracte toujours en son nom propre, s'oblige, et oblige directement envers lui... Et de même qu'une personne peut en son nom propre conclure un contrat pour une autre personne, de même peuvent le faire plusieurs personnes pour plusieurs personnes ». La conclusion est déclarée par *Scialoja* parfaitement admissible en droit italien (162).

(162) V. *Scialoja*, (résumant *Ihering*, consultation citée, dans *Iherings ' Jahrbücher*, 1880) dans *A.G.*, 1880, p. 473-8. — Il remarque en particulier que le mandat tacite (des souscripteurs aux promoteurs) est possible aux termes de l'article 1738 du Code civil — (pas de texte semblable en droit français, mais le mandat tacite n'en est pas moins unanimement admis : cf. *Planiol*, *Traité élémentai-*

D'autre part, les membres du comité promoteur, co-mandataires en leur propre nom, donc responsables envers les tiers, peuvent, — et nous voici amenés à la question propre qui nous occupe —, être liés entre eux par un rapport juridique d'association (163) : il en sera ainsi, dit *Ihering,* si les membres se sont juridiquement obligés à des prestations économiques et personnelles équivalentes ; à défaut, les membres ne sont pas plus obligés les uns envers les autres que plusieurs personnes qui ont convenu de se promener ensemble ; et, vis-à-vis des autres membres, chacun est libre de se retirer quand bon lui semble : leurs rapports sont de pure complaisance et convenance sociale (163 *bis*).

Bolchini (163 *ter*) a encore accentué les exigences d'*Ihering* pour reconnaître l'existence d'un lien d'association entre les membres du comité promoteur. Il admet en partie la situation que leur faisait *Ihering* de mandataires des souscripteurs sans représentation : c'est le rôle qu'il leur assigne en cas de souscription *ob rem,* sans destinataire humain (164) (comité promo-

re de droit civil, 6ᵉ édition, II, nᵒ 2241),— et que le mandat sans représentation est prévu par l'art. 1744 ; (d'ailleurs la définition légale du mandat à l'art. 1737 ne reproduit pas l'étonnante restriction de l'art. 1984 du code civil français : cf. *Planiol,* op. cit., nᵒ 2.231.

(163) *Ihering* dit : «de société» : cf. supra, nᵒ 8.

(163 bis) cf. *Ihering,* consultation citée, dans *Iherings Jahrbücher,* XVIII, IV, 1880, p. 1-34.

(163 bis) cf. *Ihering,* consultation citée, dans *Iherings' Jahrbücher,*

(164) Ils seraient en même temps dépositaires, et le dépôt serait régulier ou irrégulier suivant que les offrandes des souscripteurs consisteraient en choses non fongibles ou fongibles : au dernier cas, le plus fréquent, les promoteurs deviennent donc propriétaires des sommes recueillies, ce qui rapproche, dans une certaine mesure, leur situation de celle que leur attribue la thèse de *Ferrara* (cf. infra).

teur de l'érection d'un monument commémoratif, par exemple) tandis qu'il en fait des gérants représentant les destinataires de la souscription au cas contraire de destinataires déterminés (par exemple, comité promoteur de secours aux victimes d'un tremblement de terre) : la contribution des souscripteurs s'analyserait alors en un don manuel adressé aux destinataires par l'intermédiaire des promoteurs ; pour leur donner, enfin, successivement, l'un, puis l'autre rôle, si les destinataires ne sont pas déterminés à l'avance, mais doivent être choisis ultérieurement, dans une catégorie donnée, par les membres du comité. Dans tous les cas, les promoteurs ne doivent, en principe, être tenus que pour les mandataires des souscripteurs ou les représentants des destinataires ; en particulier, les promoteurs ne sont pas liés juridiquement les uns aux autres par un rapport d'association. Ce sont les souscripteurs, au contraire, qui, pour *Bolchini,* sont associés : chacun d'eux, en effet, ayant un intérêt moral à ce que d'autres souscripteurs joignent leur obole à la sienne, — et puisque qui veut la fin veut les moyens, — démontre par son offrande même qu'il désire des compagnons dans l'œuvre entreprise, il prouve qu'il est disposé à donner aux souscripteurs éventuels un droit de quote-part sur son apport, à charge d'obtenir lui-même un droit correspondant sur les apports d'autrui ; le second souscripteur, toujours par son offrande même, accepte l'offre adressée par le premier, en même temps qu'il adresse au public une nouvelle offre, semblable à celle du premier ; de ce croisement d'offres et d'acceptations naît le lien d'association entre souscripteurs. Au surplus, les promoteurs sont chargés, par chaque souscripteur, en même temps que d'administrer et d'employer son apport, de tenir ferme son offre d'association et d'accepter les offres des autres souscripteurs : si bien

que le promoteur joue le rôle d'intermédiaire entre souscripteurs, d'une part offrant, acceptant d'autre part, en contractant avec lui-même. Enfin, les promoteurs, en principe aussi étrangers les uns aux autres que n'importe quels co-mandataires, pourront faire partie de l'association des souscripteurs, soit qu'ils effectuent eux-mêmes une offrande, soit qu'ils concourent à l'œuvre même par leur activité personnelle, pourvu que cette activité soit assez importante pour constituer une contribution effective, et n'être pas classée comme un rapport de pure sociabilité et de convenance : à condition, donc, d'apporter à l'entreprise un « intérêt propre et personnel » ainsi défini, les promoteurs seront membres de l'association entre souscripteurs ; toujours à cette condition, ils pourront même, en s'unissant en un comité, former une association distincte, parallèle à celle des souscripteurs, et comme greffée sur celle-ci.

« Un intérêt propre et personnel », mais comment les membres du comité promoteur ne l'auraient-ils pas, et dans tous les cas, à la réussite de l'entreprise ? Voilà des hommes qui se groupent pour donner à une œuvre naissante l'appui de leur nom, et souvent de leur activité ; ils attestent aux yeux du public le caractère sérieux de l'entreprise, et en portent la responsabilité morale ; bien mieux, ils assument, peut-être définitivement (165), les dépenses occasionnées par l'œuvre, et cette responsabilité morale se double d'une responsabilité financière (166). Et dans ces conditions, pourquoi, aussi, exiger, avec *Ihering*, pour admettre l'existence

(165) définitivement, s'ils sont donataires fiduciaires, comme le veut *Ferrara* : cf. infra ; avec recours, d'efficacité d'ailleurs douteuse, contre leurs commettants, les souscripteurs, dans la théorie, d'*Ihering* et de *Bolchini*, du mandat sans représentation.

(166) cf. *Giovene*, op. cit., p. 62.

d'un contrat d'association, que les membres du comité se soient respectivement engagés à des prestations économiques et personnelles déterminées ? Leur seule adhésion au comité, porteur de responsabilités si graves, ne traduit-elle pas, invinciblement, leur engagement, vis-à-vis des autres promoteurs, de prendre leur part de ces responsabilités ? N'implique-t-elle pas nécessairement l'acceptation de ce lien de droit par lequel les membres d'un groupe organisé tendant à un but commun s'obligent respectivement à poursuivre ce but, (cf. surpra n° 13 in fine), et contractent une association ? On ne peut comparer, vraiment, la situation et les intentions des membres d'un comité qui unissent leur crédit et leurs efforts pour la création et la gestion d'une entreprise entraînant des dépenses souvent considérables, à la situation et aux intentions de quelques amis qui conviennent d'une promenade commune, et refuser également à leur lien le caractère obligatoire et la sanction juridique (167). Concluons que c'est un contrat valable d'association qui unit les membres du comité promoteur ; l'examen objectif de leur rapport en démontre le caractère sérieux, et l'ordre juridique en doit assurer le respect : les promoteurs ne peuvent quitter le comité quand il leur plaît (168), et ils sont respectivement tenus les uns envers les autres, à défaut même de toute convention expresse, à contribuer, pour leur part, aux dépenses engagées par le comité.

Mais, inversement, l'analyse de l'acte des souscrip-

(167) cf. *Giovene*, op. cit., p. 60.

(168) Pourtant, nous verrons plus tard que l'association ouverte à tous comporte normalement le droit de retrait pour les associés ; même s'il forme un groupement ouvert, le comité promoteur n'obéira pas à cette règle, dont les motifs (cf. infra, notre IIe partie, chapitre XIII, n° 41) ne se retrouvent plus dans les cas exceptionnels, cf. en effet supra n° 10) — où un groupement ouvert poursuit une entreprise à durée temporaire.

teurs ne permet guère de découvrir, entre eux, ce contrat d'association, qui, d'après *Bolchini,* surgirait de leurs offrandes successives. Ces prétendues offres et acceptations d'association entre souscripteurs ne semblent que bien difficilement réalisables, même en recourant à l'intermédiaire des promoteurs : « Supposons, dit *Ferrara* que le premier souscripteur verse son obole au promoteur A..., tandis que d'autres l'adressent au promoteur B..., d'autres à C... Après la première offre, le promoteur A... meurt ou devient incapable : le fil conducteur de l'association se brise, et devient impossible la rencontre des consentements ; on peut se demander si l'offre du premier souscripteur devient révocable » (169). Et si le mécanisme de ce contrat d'association est si subtil, rien d'étonnant à ce que « de ce contrat de famille, ce soient les intéressés, — (les souscripteurs),— qui sont le moins au courant » (169) : car voilà bien son défaut capital, c'est qu'il défigure l'intention des souscripteurs : « L'innocente souscription aurait donc un contenu si varié et si complexe ? C'est une contribution à la souscription ; l'offre au public d'avoir un associé dans l'entreprise ; la démonstration, de la part du souscripteur, de son intention de voir maintenues les souscriptions d'autrui ; et, vis-à-vis des promoteurs, un mandat de gestion, et d'acceptation des souscriptions éventuelles : c'est une vraie révélation, et nul souscripteur n'a jamais soupçonné en vouloir aussi long. » (170). En répondant à l'appel du comité promoteur, le souscripteur « ne manifeste pas l'intention de poursuivre personnellement la réalisation de l'entreprise, il fournit seulement une offrande pour que cette réalisation soit possible,... il entend seulement prêter des moyens pour que le but puisse être atteint;

(169) *Ferrara,* compte-rendu cité dans *R.I.*, 1905, I. p. 407-8.
(170) *Ferrara,* compte-rendu cité dans *R. I.*, 1905, I, p. 407-8.

et en cela s'épuise son intérêt : il jette sa pierre dans l'édifice de la charité, tout en sachant que d'autres avant et après lui, en font autant, puis attend simplement que l'œuvre s'accomplisse. Son rôle est purement passif, il n'est qu'un instrument, un moyen, et ce n'est pas lui qui se propose directement, par son activité et une association avec d'autres, de mener à bien l'opération. Le fait même que l'initiative de la souscription est prise par les promoteurs, qui sollicitent la charité publique, et à l'appel de qui le souscripteur répond seulement par son obole, démontre que l'activité de direction et d'exécution part du comité, tandis que les milliers de soucripteurs ne sont que des auxiliaires. Cette vaste et colossale association entre les souscripteurs, où les associés seraient en nombre indéfini, disséminés à tous les coins de la terre, ignorés l'un de l'autre, est peut-être une expression figurée de la solidarité humaine, non l'expression juridique d'un rapport. » (171). Fait donc défaut ici, ce lien juridique, — hors duquel pas de contrat d'association valable —, et qui consiste dans l'engagement respectif, exprès ou tacite, entre les membres d'un groupement organisé, de poursuivre le but commun (cf. supra, n° 13 in fine). Et que parlons-nous ici de groupement organisé ! Si l'on persiste, en effet, à affirmer cette association entre souscripteurs, on se heurte à l'impossibilité de la faire fonctionner, faute de toute organisation effective, ou même concevable (172). Vis-à-vis des promoteurs associés, les souscripteurs n'apparaissent pas davantage liés entre eux que ne le sont des mandants isolés ou des donateurs successifs. (173).

(171) *Ferrara*, compte-rendu cité, dans R.I., 1905, p. 403 et sq.

(172) cf. *Giovene*, op. cit., p. 63, et les auteurs qu'il cite. — cf. aussi *Ferrara*, cité infra note 178.

(173) cf. *Ferrara*, compte-rendu cité, dans *R.I.*, 1905, I, p. 415. — Le même auteur, op. hic cit., p. 405, montre aussi que le contrat

Aussi bien, comme le remarque finement *Giovene,* est-ce la conception des rapports entre souscripteurs et promoteurs dans la souscription *ob rem* (sans destinanaire humain) qui semble avoir amené *Bolchini* à cette trop ingénieuse construction du contrat d'association entre souscripteurs : dans la souscription à destinataires déterminés, les promoteurs seraient les gérants des destinataires ; au contraire, dans la souscription *ob rem,* si, faute de destinataire, l'on se résout, avec *Ihering* et *Bolchini,* à ne voir dans les promoteurs que des mandataires des souscripteurs, et si, par suite, ce sont les souscripteurs qui demeurent les *domini negotii* et titulaires des offrandes recueillies (174), « on vient tout naturellement à parler d'un fonds social formé par le complexus de ces offrandes, et d'une association entre ceux qui y ont contribué » (175). Et c'est, en effet, dans la souscription *ob rem* que *Bolchini* tient particulièrement à l'association entre souscripteurs (176). Dans cette fâcheuse conséquence de l'adoption de la théorie du mandat, n'y aurait-il pas une raison de suspecter

d'association entre souscripteurs, contrairement à ce qu'on a prétendu, n'a pas d'appui dans la loi positive ; on ne saurait invoquer en effet l'art. 2 de la loi du 17 juillet 1890 (sur les *opere pie*), qui fait allusion aux comités de secours alimentés «par les contributions des associés ou les souscriptions des tiers » : précisément, la loi oppose aux contributions des associés les souscriptions, et ces souscriptions, à ses yeux, proviennent de tiers, c'est-à-dire d'étrangers à l'association, de non associés.

(174) Il est vrai que si l'on dit avec *Bolchini* que le mandat s'accompagne d'un dépôt, les souscripteurs en cas d'offrandes en argent, déposants irréguliers, ne sont plus que créanciers (cf. supra note 164) ; du moins, restent-ils les *domini négotii*, de l'œuvre entreprise (avec les droits et la responsabilité corrélatifs), sinon des biens apportés eux-mêmes.

(175) cf. *Giovene*, op. cit., p. 64-5.

(176) cf., en effet, *Bolchini*, *Le pubbliche sottoscrizioni..*, cité, p. 159.

cette adoption même ? Or, si la réalité des faits s'oppose, on l'a vu, à l'admission d'un contrat d'association entre souscripteurs, n'apparaît-il pas qu'on la dénature également à tenir les souscripteurs pour commettants des promoteurs, et demeurant investis de la propriété (174) de leur offrande ? D'abord, dans cette hypothèse, cette offrande doit demeurer révocable, car comment contester avec *Barassi* (177) le pouvoir de révocation des souscripteurs mandants en invoquant les droits acquis des tiers et de l'autre contractant ? (178). Surtout, si les promoteurs ne sont que mandataires, fût-ce sans représentation et donc responsables directement envers les tiers, ils puisent dans leur qualité même un recours contre leurs mandants, les souscripteurs, et sont fondés à leur réclamer le remboursement de toutes dépenses occasionnées par l'exécution du mandat : et voilà les souscripteurs susceptibles d'être contraints en justice à supporter en définitive le déficit de l'entreprise organisée par leurs mandataires, les promoteurs ! (179) Etrange conséquence de leur aumône, et ne démontre-elle pas, par l'absurbe, que c'est faire aux souscripteurs

(177) *Sottoscrizione pubblica, promotori, oblatori* etc., dans *A.G.*, 1902, II, p. 183.

(178) Soit, encore, dans la thèse — par ailleurs insoutenable), — cf. supra — où les souscripteurs sont associés : on pourrait voir, alors, dans leurs offrandes un fonds de gestion soumis au principe de la majorité, conformément au droit commun de l'association ouverte (cf. infra, chap. XI) (Le rappel que fait *Ferrara* — compte-rendu cité dans *R.I.*, 1905, I, p. 408 — de l'article 678 du code civil ne nous paraît pas exact, car s'il soumet les biens indivis à la loi de majorité, c'est seulement en ce qui concerne les actes d'administration). — D'ailleurs, même alors, on pourrait demander avec *Ferrara*, op. et loc. hic. cit.,: « Mais où est cette majorité ? comment se détermine-t-elle ? dans quelle hypothétique assemblée fera-t-elle valoir sa volonté ..., si les associés ne délibèrent jamais et ne se connaissent même pas ?».

(179)*Ferrara*, art. cit., dans *R. d. comm.*, 1906, I, p. 565.

un honneur trop périlleux que de les tenir pour commettants des promoteurs, il faut leur chercher une autre qualification, et à leur démarche une autre nature juridique.

C'est ce qu'a pensé *Ferrara,* qui, sur les traces de *Regelsberger* (180), fait appel au concept de donation fiduciaire pour expliquer les rapports entre souscripteurs et promoteurs dans la souscription *ob rem.* Dans toute souscription, l'offrande des souscripteurs constitue simplement, conformément à l'intention des par ties, une donation (181), et ne crée aucun lien juridique entre souscripteurs : donation aux destinataires, par l'intermédiaire des promoteurs, représentant les destinataires, dans la souscription à destinataires humains, — (que ces destinataires soient ou non déterminés à l'avance, car « en droit moderne, pour qu'une obligation existe, il n'est pas nécessaire que le sujet soit prédéterminé, pourvu qu'il soit déterminable » (182) — ; donation fiduciaire aux promoteurs, dans la souscription *ob rem,* sans destinataires humains. L'acte fiduciaire, — qu'il faut se garder de confondre avec l'acte simulé, car « c'est un acte sérieux, réellement accompli par les parties » (183),— a un caractère com-

(180) *Pandekten,* I, p. 341 et sq. — Comparez la théorie toute voisine du « *trust* » anglais (cf. Monsieur *Lévy-Ullmann* à son cours de droit civil comparé : *Les notions fondamentales du droit civil anglais* (Paris, 1920-1921).

(181) Et qui obéit aux règles de fond et de forme des donations ; sans exclure d'ailleurs le recours au don manuel, que les auteurs italiens ont, toutefois, généralement tendance à restreindre aux sommes modiques.

(182) *Ferrara,* compte-rendu cité, dans *R.I.*, 1905, I, p. 409.

(183) *Ferrara, I negozi fiduciari,* dans *Studi in onore di V. Scialoja,* 1905, II, p. 758. — «Les contractants veulent l'acte juridique avec toutes ses conséquenses juridiques, bien qu'ils s'en servent dans un but économique différent : ainsi, transfert de propriété à

plexe : il s'analyse en deux conventions : l'une, à effet positif, opère transfert de propriété ou de créance, et d'une manière parfaite et irrévocable ; l'autre, accessoire, engendre à la charge du fiduciaire une obligation négative : ne pas détourner le droit conféré de l'usage envisagé par le cédant (184). Ces deux conventions connexes produisent chacune leur effet propre : d'une part, il s'accomplit un transfert pur et simple du droit, le fiduciaire devenant titulaire *erga omnes*, et vis-à-vis de l'auteur du tranfert lui même ; le considérer comme un simple mandataire du cédant, serait « confondre le but économique de l'acte avec sa forme juridique » (185) ; aussi, le fiduciaire peut-il valablement aliéner la chose reçue en fiducie, au mépris même de la destination antérieurement convenue avec le cédant (185). D'autre part, le but économique de l'acte apparaît dans le lien purement obligatoire, qui unit l'auteur du transfert et le fiduciaire : si ce dernier abuse de la position juridique qui lui est faite et utilise le droit transféré contrairement à la convention, il est tenu à réparation, et c'est d'ailleurs « l'unique défense qui reste au cédant », à l'exclusion en particulier de toute action en révocation contre le fiduciaire, titulaire définitif (186) : ce qui sépare nettement l'acte fiduciaire de l'acte de dis-

but de nantissement, cession d'une créance avec l'intention que le cessionnaire en opère seulement recouvrement »(eod op., p. 745). — L'aliénation fiduciaire, imaginée comme succédané du gage avant la reconnaissance de ce contrat, offre peut-être l'exemple le plus typique de l'acte fiduciaire ; mais le mécanisme de l'acte fiduciaire reste utile en tout état du droit, «comme moyen complémentaire du droit défaillant... et procédé d'évolution de nouvelles formes juridiques. » (eod. op. p. 746).

(184) *Ferrara*, article cité dans *Studi in onore di V. Scialoja*, II, p. 746-7.

(185) *Ferrara*, article cité dans *Studi in onore di V. Scialoja*, II, p. 754-5.

(186) *Ferrara*, article cité dans *Studi in onore di V. Scialoja*, II, p 757-8 — adde : *N. Coviello*, op. cit, p. 355.

position *sub modo*. Si donc les promoteurs, associés d'ailleurs dans leur entreprise, sont donataires, les voilà titulaires du patrimoine recueilli par souscriptions, et responsables définitivement vis-à-vis des tiers avec lesquels le comité est entré en rapports ; sans recours contre les souscripteurs, qui ne sont pas leurs commettants, mais leurs donateurs ; à l'abri d'ailleurs de toute révocation des souscripteurs, qui ne peuvent invoquer à cet effet ni la qualité de mandants, ni même celle de donateurs *sub modo ;* soumis seulement à une action en dommages-intérêts au cas de détournement des offrandes recueillies. En l'espèce, la multiplicité des donateurs et la modicité de leur contribution respective risqueront , peut-être, de rendre illusoire cette responsabilité des promoteurs ; mais celle-ci est heureusement doublée de la responsabilité pénale pour « agissements tendant à surprendre la bonne foi d'autrui » (article 413 du Code pénal), dont la mise en jeu ne se heurte pas à de semblables obstacles. (187)

La conception proposée par *Ferrara* en même temps qu'elle offrait une traduction juridique plus fidèle de la réalité des choses, simplifiait sans conteste la question des comités promoteurs. La synthèse n'était cependant pas entièrement satisfaisante : la contribution du souscripteur apparaissait bien en tous les cas comme une donation ; mais une donation fiduciaire aux promoteurs dans la souscription *ob rem* ; et s'il y a des destinataires humains, une donation aux destinataires, par l'intermédiaire des promoteurs leurs représentants ; les titulaires du patrimoine recueilli seraient donc tantôt les promoteurs, et tantôt les destinataires. Or, s'il ne convient pas de réduire les promoteurs au rôle de man-

(187) cf. cette application de la donation fiduciaire aux comités promoteurs dans *Ferrara*, compte-rendu cité, dans *R.I.*, 1905, I, p. 415-8.

dataires des souscripteurs au premier cas, pourquoi perdraient-ils, au deuxième, leur qualité de *domini negotii* et le rôle propondérant que leur assignent les faits dans toute souscription. En effet, et sans insister sur les difficultés pratiques que soulève le don manuel (cf. supra note 181) réalisé par intermédiaire (188) —, si les destinataires sont les *domini negotii* et titulaires du patrimoine recueilli par souscriptions, ce sont eux qui répondent en définitive des opérations du comité qui les représente, et les promoteurs pourront leur réclamer l'excédent des dépenses sur les souscriptions recueillies : un comité promoteur de secours aux victimes d'un tremblement de terre vient-il à échouer lamentablement dans son entreprise, sans que d'ailleurs il se soit rendu coupable de dol ou de faute, ses membres, simples représentants, pourront présenter aux victimes la facture des dépenses assumées pour les secourir ; est-ce concevable ? On échappe à ce résultat, et on unifie harmonieusement la situation juridique des intéressés, en ramenant dans tous les cas l'exécution des souscriptions à des donations fiduciaires adressées par les souscripteurs aux promoteurs : les souscripteurs, donateurs, définitivement dépouillés de leur don ; les promoteurs, donataires, définitivement investis, et tenus seulement envers les souscripteurs à réparation s'ils détournent l'obole donnée de l'affectation convenue ; les destinataires, s'il en existe, appelés sans doute à recueillir le bénéfice de la souscription, mais sans droit — (comme sans responsabilité) — propre. Et c'est bien là la conclusion à laquelle, en fin de compte, semble incliner *Ferrara* (189).

(188) Ce qui amenait *Barassi* à repousser la gestion des promoteurs en représentation des destinataires, et à les tenir, dans tous les types de souscription, pour mandataires des souscripteurs. (cf. article cité dans *A.G.*, 1902, II, p. 180-3.

(189) cf. *Patrimoni sotto amministrazione*, dans *R. d. comm.*,

Que, pour expliquer les rapports entre promoteurs et souscripteurs, l'on adopte la construction du mandat tacite sans représentation ou celle de la donation fiduciaire, qui, comme le remarque le tribunal de Monza (190), se disputent la solution du problème (191), l'existence du lien d'association entre les membres du comité promoteur, que ne contredit aucune des deux hypothèses, doit être reconnue dans tous les cas, par le fait même de la formation du comité ; sans qu'il faille exiger à cet effet un engagement formel des promoteurs à des prestations déterminées. Et remarquons que c'est précisément à propos des comités promoteurs que la jurisprudence a le plus souvent défini l'association, en la dégageant de plus en plus de la société (192).

N° 17. Des conditions nécessaires à l'existence d'un contrat valable d'association, *Giovene* a fait une appliciation intéressante aux congrégations religieuses *supprimées* et qui subsistent comme associations non reconnues. (193) D'après lui, ces associations ne seraient que des groupements de pur fait, sans qu'on puisse relever d'obligation juridique à la charge de leurs membres. Sans doute, la plupart des engagements

1912, I, p. 324 et sq. — *Teoria delle persone giuridiche*, citée, p. 676-680.

(190) jugement du 4 avril 1908, dans *R. d. comm.*, 1908, II, p. 396 et sq.

(191) Sur les autres explications proposées, cf. *Ferrara*, op. et loc. cit. note 189.

(192) cf. Appel Venise, 4 août 1903, dans *Filangieri*, 1903, p. 857. — Appel Florence, 13 janvier 1906, dans *R. d. comm.*, 1906, II, p. 235 (cf. ci-dessus n° 8, note 89). — Appel Bologne, 10 Décembre 1906, dans *R. d. comm.*, 1907, II, p. 249 (cf. ci-dessus n° 11 note 115) — 4° section du Conseil d'Etat, 13 mars 1908, dans *F.* 1908, p.638. — Appel Ancône, 21 mars 1908, dans *F.*, 1908, p. 840. — Cass. Naples, 23 janvier 1913, dans *R. d. comm.*, 1914, II, p. 6 (cf. sous ce dernier arrêt une note de *Giovene* sur la question du pouvoir des promoteurs dans l'emploi des fonds et la désignation des destinataires)— (tous arrêts cités par *Giovene*, op. cit., p. 73).

(193) *Giovene* op. cit., p. 71-2.

assumés par les religieux en entrant dans la communauté échappent déjà à toute sanction juridique par l'impossibilité d'une évaluation patrimoiniale (cf. supra n° 14) : vœu d'obéissance, de chasteté, engagement de vivre en commun, de se vouer à la prédication, au soin des âmes. Mais il est un autre obstacle au caractère juridique de ces engagements, aussi bien que de ceux-là mêmes, qui, comme le vœu de pauvreté, l'engagement d'enseigner les enfants ou de soigner les malades, se prêtent à une évaluation pécuniaire (194) : c'est que tous, sans exception, sont, ou l'objet direct d'un vœu prononcé par le religieux, ou la conséquence d'un de ces vœux, du vœu d'obéissance notamment. Or, contrairement à l'ancien droit, l'ordre juridique ne sanctionne plus les vœux des religieux, qui constituent des obligations relevant de la seule conscience ; et c'est aussi bien cette portée que leur attribuent les religieux qui les assument : la convention qui les lie ne saurait donc constituer un contrat d'association au regard du droit, ni l'exécution de leurs engagements être réclamée en justice (195). Ce qui d'ailleurs ne fait en rien obstacle à ce que les religieux puissent posséder en commun; entrer en rapports juridiques valables avec les tiers, et devenir co-créanciers ou co-débiteurs, même par l'intermédiaire de mandataires ; conformément aux règles que nous trouveront plus loin (cf. infra chapitre VI, et la 2e section de la IIe partie, passim).

(194) La valeur de l'objet qu'a gardé en propre le religieux, au premier cas ; le traitement réclamé par un laïc qui s'adonne à cet enseignement ou à ces soins.

(195) cf. sur l'incompétence des tribunaux à connaître de la régularité de la procédure et du bien-fondé de l'exclusion prononcée par la congrégation contre un de ses membres, notre chapitre XV, n° 47 in fine (infra).

Chapitre VI

Capacité de l'Association

N° 18. Négation de la capacité de l'association, appuyée sur l'absence de personnalité juridique. — Conséquences inadmissibles de cette thèse. — Démonstration de la capacité de l'association : elle n'est autre que la capacité des associés. — La reconnaissance de personnalité ne crée pas la capacité de l'association, mais affecte seulement les modalités de cette capacité.

N° 18. Après avoir dégagé le caractère strictement juridique du contrat d'association, nous sommes amené tout naturellement, dans cette partie de notre tâche où nous essayons d'esquisser les principes de la matière, à affirmer la capacité de cette association qu'a fait surgir le contrat : les deux questions sont complémentaires, car la vie de l'association, et la possibilité pour elle de jouer un rôle dans la société, dépendent de ces deux éléments : efficacité du lien contractuel entre associés, aptitude du groupement entre eux constitué à entrer avec les tiers en rapports juridiques les plus variés ; et l'essentiel des développements de notre deuxième partie viendra se ranger de lui-même sous deux chefs correspondants : rapports des associés entre eux, conséquences de la validité du contrat d'association ; rapports des associés avec les tiers, ou applications du principe général de la capacité de l'association. Ce n'est

pas à dire, d'ailleurs, et bien qu'on le pense parfois, que la capacité de l'association soit un corollaire de la validité du contrat ; elle est fondée, nous le verrons, sur un postulat élémentaire, qui se retrouve dans ces groupements mêmes, tels par exemple que les congrégations religieuses, où le lien entre les membres n'a pas un caractère juridique. Validité du contrat et capacité du groupement né du contrat sont les deux assises, indépendantes, de l'association ; reliées seulement par la communauté des attaques dont elles se sont vues l'objet, tant en Belgique, qu'en France avant 1901. Au reste, la contestation de cette capacité n'est pas un phénomène général : tout au plus, en Italie, en retrouve-t-on quelque écho dans la jurisprudence, où l'on constate « incertitude et confusion » pouvait écrire *Giorgi* en 1889 (196) ; depuis lors, d'ailleurs, on n'y retrouve plus guère (197) l'affirmation, posée par la Cour de Cassation de Rome le 19 février 1879, que « les portes de la justice sont fermées aux associations..., parce que, n'ayant ni patrimoine, ni personnalité juridique, elles n'ont pas de droits à faire valoir » (198) ; et la doctrine tout entière proteste contre les « aberrations » (199) de l'ancienne thèse franco-belge.

Enonçons-la plutôt. Faute de concession gouvernementale, — de reconnaissance d'utilité publique, en France avant 1901 —, l'association n'est pas dotée de la personnalité morale. Par rapport aux personnes phy-

(196) op. cit., I, p. 161.

(197) témoins les arrêts qui s'offriront à nous lors de l'examen détaillé des rapports juridiques de l'association avec les tiers. cf. toutefois l'arrêt de la Cour d'appel de Naples du 22 mars 1911, cité infra, chapitre XVII note 528.

(198) dans *G.I.*, 1879, I, 1, p. 679-81, cité par *Giovene*, op. cit., p. XIII.

(199) *Ferrara*, op. cit., p. 995, note 1.

siques, elle est comparable à l'enfant non conçu ; c'est une personne morale de pur fait, inexistante au regard du droit. Ses membres, ou l'un d'entre eux, apparaissent-ils en son nom dans un rapport juridique quelconque : le rapport est nul, puique son prétendu sujet est inexistant. Se présentent-ils dans le commerce juridique en leur nom propre : ils seront incapables de transférer le bénéfice de l'acte à l'association, inexistante ; et même l'acte juridique initial était déjà nul, comme imputable en apparence seulement à l'associé, en réalité à l'association, inexistante, dont l'associé n'est qu'un prête-nom jouant le rôle de personne interposée. Et l'on déduit logiquement de ces prémisses l'incapacité totale de l'association. Impossibilité de la formation d'un patrimoine grâce aux apports des associés : ces apports s'adressent à une personne morale de fait, inexistante, le transfert opéré par l'associé est donc sans efficacité juridique ; cependant, on soutient parfois que si l'association n'a pu acquérir l'apport, l'associé n'en est pas moins dépouillé parce qu'il a manifesté sa volonté de les abandonner : ce sont des biens sans maître. De même, et d'une manière plus générale, l'association ne peut posséder de biens quelconques : elle n'existe pas, et les associés eux-mêmes ne sont que ses prête-nom. Encore : les associés ont-ils, en cette qualité, obligé un tiers ? c'est l'association qui est devenue créancière, ou plutôt qu'ils ont tenté de rendre créancière, car la créance n'est pas née, faute de créancier ; par exemple, « ceux au profit de qui les associés, comme tels, ont travaillé, ne sont pas obligés de leur payer de salaire, et peuvent avoir la conscience tranquille : ils ne font tort à personne, puisque le salaire était destiné au néant. » (200) En particulier, toute acquisition à titre onéreux est ren-

(200) *de Vareilles-Sommières*, op. cit., n° 644.

due vaine par la conjugaison, d'ailleurs superflue, de ces deux incapacités de posséder et d'obliger : l'associé qui achète au nom de l'association est mandataire d'un incapable ; indiquerait-il les noms de tous les associés, que ceux-ci seraient des personnes interposées au profit d'un incapable ; et de même, s'il agit en son nom propre, à moins qu'on ne préfère tenir l'acquisition pour valable et dispenser l'associé d'en transférer le bénéfice aux autres parce qu'un tel transfert s'adresserait en réalité à une personne inexistante : de toute manière, l'association ne pourra acquérir ; du moins, si le prix a été versé au vendeur, quelques auteurs tiennent-ils celui-ci pour obligé à le restituer : sinon, disent-ils, le vendeur s'enrichirait injustement aux dépens d'autrui ; mais ce tempérament est plus équitable que logique, car il est aussi impossible de s'enrichir aux dépens du néant que de s'engager à lui transférer la propriété. Les mêmes raisonnements interdisent toute libéralité en faveur de l'association, même adressée à tous les associés désignés par leur nom ou à l'un d'eux en particulier : l'acte à titre gratuit s'adresse toujours à un gratifié inexistant, ou à des personnes interposées entre le donateur et le destinataire inexistant. Enfin, logiquement, on refusait à l'association, inexistante, le droit d'ester en justice, qui n'est qu'une transposition, dans le champ de la procédure, des droits eux-mêmes ; on n'est titulaire d'actions que pour la protection de ses droits, et l'association n'a pas de droits, ne peut en avoir : le premier venu peut s'emparer de ses biens ou prétendus tels, qui sont *res nullius* (201), violer impunément son domicile, ou soi-disant tel,

(201) Les meubles du moins, puisque les immeubles, en droit français (art. 713 Code civil), dès qu'ils sont sans maître, appartiennent à l'Etat.

car pour avoir un domicile encore faut-il exister, et l'association n'existe pas.

« De ces conséquences rigides..., quelques-unes seulement, remarque *de Vareilles* (202), ont obtenu l'assentiment exprès, unanime ou quasi-unanime, de la doctrine et de la jurisprudence, mais... pas une n'a manqué d'adhérents déclarés et ne sera restée sans quelque application. » Elles sont assez iniques pour qu'on se sente enclin à en suspecter le principe ; mais où la méfiance apparaît mieux fondée encore, c'est lorsqu'on voit les partisans de l'incapacité se refuser à d'autres conséquences de leur théorie, — déconcertantes, elles aussi, mais aussi logiques —, dès qu'elles sont favorables à l'association. Si l'achat effectué par l'association est nul, la nullité doit pouvoir être opposée aussi bien au vendeur qu'à l'association ; qu'on se détrompe : la vente est nulle faute d'acheteur, mais celui-ci n'est pas moins obligé : « Il ne faut pas dire, avertit *E. Ollivier* (203) : la communauté est incapable, donc elle ne peut ni actionner, ni être actionnée ; il faut dire... elle ne peut actionner, ce serait la reconnaître ; elle peut être actionnée, c'est la détruire » ; mais n'est-il pas évident que c'est là également la reconnaître ? D'une manière absolue, l'association, « personne morale de fait », sujet direct ou indirect du rapport obligatoire, doit être aussi incapable de s'obliger que d'obliger, et quelques arrêts anciens (204) l'ont admis ; sinon, il vaut autant soutenir, comme le fait ironiquement *de Vareilles*, en empruntant une comparaison chère à la

(202) op. cit., n° 641.

(203) *Des congrégations religieuses non autorisées*, p. 110, dans *Revue pratique de droit français*, 1858, tome V, cité par *de Vareilles-Sommières*, *Le contrat d'association*, p. 86.

(204) arrêts cités par *de Vareilles-Sommières*, *Le contrat d'association* p. 138.

théorie adverse, que « l'enfant non conçu ne peut être créancier, mais peut être débiteur ; il ne peut actionner, mais peut être actionné » (205). On observe que par le fait même qu'une association a existé pratiquement et fonctionné, et qu'il en est résulté une indivision de biens administrés par un associé, les tiers peuvent citer en justice ce représentant et poursuivre l'exécution des biens qui font partie du fonds commun (206) ; mais si ce raisonnement est exact quand il s'agit des dettes de l'association, on ne voit pas pourquoi il cesserait de l'être dès qu'il s'agit de ses créances ; on ne peut à la fois tenir l'association pour inexistante au regard du droit et appeler ce même droit à la contraindre au payement de ses dettes : « Inutiles tentatives, s'écrie *Van den Heuvel* (207), et qui rappellent d'une façon trop apparente les distinctions subtiles entre bonnet blanc et blanc bonnet ! Les juristes sont pris au piège. Ils n'ont pas voulu écouter d'abord l'équité et ils ont commencé à parler la langue de la casuistique. Qu'ils s'en prennent à eux-mêmes si maintenant on met aussi l'équité au second plan pour leur répondre de la même langue. Si les associés sont des personnes interposées lorsqu'ils s'agit de poursuivre une action comme demandeurs, ils le sont encore quand il y a lieu de comparaître comme défendeurs ; et si l'association est un incapable, le néant, toutes les fois quelle revendique ce qui lui est dû, elle conserve le même défaut, le même vice fondamental, lorsqu'on lui intente un procès en payement ou en restitution. L'in-

(205) *de Vareilles-Sommières, Les Personnes morales*, n° 646.

(206) cf. *Aubry et Rau, Cours de droit civil français*, I, n° 54, cité par *de Vareilles-Sommières, Le contrat d'association*, p. 142.

(207) *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, 1884, p. 124, cité par *de Vareilles-Sommières, Le contrat d'association*, p. 147.

capacité et le néant restent toujours le néant et l'incapacité ». La logique a les mêmes exigences en faveur de l'association que contre elle ; dans les deux cas, d'ailleurs, à l'impasse où l'on aboutit, on s'aperçoit que la direction prise était mauvaise.

A cette démonstration par l'absurde de la capacité de l'association non reconnue, il est aisé de joindre la preuve directe. On la tire souvent de la validité du contrat d'association lui-même : « Du moment que le contrat d'association est valable, dit *de Vareilles,* la capacité de l'association est démontrée... Comment concilier l'obligation pour les associés d'effectuer et de maintenir les apports et l'impossibilité prétendue de constituer un patrimoine social ? Comment leur imputer à fraude ce qu'on les déclare obligés de faire ? Et une fois qu'on est forcé d'admettre que l'association peut légitimement posséder des apports, comment prétendre qu'elle ne peut posséder d'autres biens ? Lui sera-t-il plus difficile de posséder un bien acheté ou donné qu'un bien apporté ? » (208). Et, d'autre part, on peut observer avec *Giorgi* que refuser toute capacité à l'association, alors que la liberté d'association est au nombre des libertés politiques garanties par la Constitution, c'est violer cette dernière, puisque la capacité de contracter et la capacité de posséder constituent des moyens indispensables à l'existence (209). Ces arguments ne manquent pas de justesse ; nous croyons préférable, pourtant, de faire simplement appel à cette capacité indéniable qu'ont plusieurs personnes de se porter ensemble — conjointement ou solidairement, s'il s'agit de rapports d'obligation — comme sujets d'un

(208) de *Vareilles-Sommières,* Le *Contrat d'association*, p. 15-16.

(209) *Giorgi*, op. cit.. VI, p. 188 — adde *: Giovene,* op. cit., p. 126-127. — cf. dans un sens voisin : *de Vareilles-Sommières, Le contrat d'association,* p. 89-90.

rapport juridique, et qu'invoquait *Ihering* pour fonder l'existence d'un droit ou d'une obligation propre en la personne des membres d'un comité promoteur (210). Autrement dit, la capacité de l'association, c'est la capacité même des individus associés : capacité de posséder comme co-propriétaires, de stipuler et de s'obliger comme co-créanciers et co-débiteurs ; capacité « qui, c'est trop évident, ne s'altère ni ne se modifie par le seul fait qu'elle passe et s'exprime à travers un lien d'association » (211) ; qui n'est pas, d'ailleurs, davantage, issue, ou même augmentée, de ce lien, car elle se retrouve identique chez les membres d'une association où le contrat remplit toutes les conditions de validité, comme chez ceux qui faute d'une de ces conditions ne sont unis que par un lien de pur fait (212) ; ni plus ni moins, enfin, que chez des individus qui n'ont contracté entre eux aucune association et qui possèdent en commun un bien déterminé ou procèdent ensemble à un acte juridique isolé en qualité de co-créanciers ou de co-débiteurs.

En présence de l'association, en effet, les adversaires de sa capacité n'oublient qu'un élément, de quelque importance toutefois : à savoir, les associés. L'erreur d'optique est singulière de la part de qui jouit d'une assez bonne vue pour apercevoir une *per-*

(210) cf. supra, n° 16, in principio. — *Giovene*, op. cit., p. 113, rappelle cette application.

(211) *Giovene*, op. cit., p. 113. — Sinon, il faudrait dire, remarque *de Vareilles* (*Contrat d'association*, p. 157) « qu'on frappe de mort civile tout un côté de sa personne en signant une association licite ».

(212) C'est ce qui nous permettait d'avancer à la fin du chapitre précédent (n° 17) que la capacité d'une congrégation religieuse, malgré l'inefficacité juridique du contrat d'association lui-même, n'en était pas moins entière.

sonne morale de fait (213) dans l'association, et neutralise la capacité des associés par cette suspicion perpétuelle de personne interposée au profit d'un incapable. Une « personne morale de fait » ! si l'on se souvient que la doctrine presque unanime en France analysait autrefois la personnalité morale en une fiction légale, on comprend aisément le parti que tiraient de cette trouvaille, la « personne morale de fait », les adversaires de la personnalité morale (214) : « On nous présente donc tour à tour, raillaient-il, la personne morale comme n'existant pas en réalité, mais existant en droit, et comme n'existant pas en droit, mais existant en fait, toujours sans exister en réalité. Cette personne morale de fait existe forcément sans avoir le droit d'exister » (215). Avouons-le : « à moins d'une hallucination, on ne peut voir que ceci dans l'association non reconnue : les associés, et seulement eux. Sans doute, il en est de même dans les associations reconnues, mais les personnalités de tous les associés y ont été condensées en un sujet unique distinct d'eux ; tandis que dans l'association non reconnue on peut dire d'une manière absolue que les associés sont l'association et que l'association est formée des associés. S'il était possible d'entendre l'association, à la façon de ses ennemis, — en faisant abstraction de la réalité du rapport et par une conception purement arbitraire, — comme une entité en soi, distincte des

213) cf., par exemple, *Clamageran, Des communautés religieuses non-autorisées* , dans *Revue pratique de droit français*, 1857, tome III, p. 3 et sq., cité par de *Vareilles-Sommières, Personnes morales* n° 54.

(214) C'est-à-dire les auteurs qui dénient tout contenu, toute portée, à la personnalité morale, simple procédé doctrinal d'exposition, — d'après eux, — du régime commun à tous les groupements ouverts (cf. supra n° 7 in principio et les passages cités note 68).

(215) de *Vareilles-Sommières,* op. cit, n° 54.

associés, alors, sans nul doute, on devrait en proclamer l'incapacité absolue, faute de reconnaissance. Mais c'est là une pure abstraction : où n'existent que des personnes physiques, il ne peut être question que de la capacité de ces personnes exclusivement. » (216). Nous l'avons remarqué ailleurs (cf. supra, chap. III, n° 7 in fine) avec *Coviello* : dans l'association non reconnue, le mot association ne désigne plus qu'un rapport de droit : le rapport juridique d'association qui lie les membres ; strictement, il n'y a pas une association, mais des associés.

Mais à quoi bon, objecte-t-on, la reconnaissance si, à son défaut, la capacité des associés suffit à l'association ? « La différence entre associations érigées en corps moraux et les autres associations, nous répond *Giorgi,* non seulement n'a rien à voir avec le caractère licite ou non de l'association, mais pas davantage avec la possibilité ou l'impossibilité d'acquérir et de posséder : aussi bien les unes que les autres peuvent posséder et acquérir. La différence, substantielle d'ailleurs, et source de conséquences graves, réside seulement dans la manière :... l'érection en personne juridique n'a pas pour but ou résultat de rendre possibles les acquisitions, les contrats, et la représentation en justice, mais de les rendre directs et plus faciles en éliminant les difficultés de la copropriété, de la responsabilité personnelle des membres, de l'acquisition indirecte — (nous préférerions dire : *pro parte*) — des membres, et de la représentation de ceux-ci envisagés *ut singuli.* » (217). Et c'est en effet l'erreur fondamentale des partisans de l'incapacité de l'association : on pose en principe que dans l'association c'est

(216) *Giovene*, op. cit., p. 112-3.

(21.) *Giorgi*, op. cit., I, p. 159 et sq.

la reconnaissance qui crée le droit de posséder ; si l'on entend par là le droit de posséder en tant que personne morale, sans aucun doute, et l'affirmation est trop évidente pour n'être pas superflue ; mais si on veut dire que la capacité des associés, personnes physiques, est insuffisante pour leur permettre de posséder en commun, on affirme seulement, et sans argument à l'appui , que le droit moderne a rétabli la *capitis deminutio*, et que cette dernière est attachée au fait de conclure un contrat d'association (218). Dénier la capacité de l'association non reconnue, c'est confondre, dit *Coviello,* « l'existence du droit avec ses modalités ; le droit de posséder, — (et on pourrait dire au même titre : la capacité de contracter, d'obliger et de s'obliger) —, est indéniable chez les personnes physiques, qu'elles soient isolées ou associées ; seulement, ce droit est diversement discipliné selon que les personnes associées forment au regard de la loi une personne unique distincte des membres et qui s'appelle personne juridique, ou au contraire ne constituent pas une unité juridique autonome. Cela posé, il est clair que le patrimoine d'une association non reconnue ne peut être tenu comme celui d'une personne distincte des associés *ut singuli,* et comme affecté toujours à la même destination nonobstant le changement des associés primitifs et la survenance de nouveaux ; au contraire, il faut voir en lui un patrimoine commun aux divers associés : on n'a pas unité de patrimoine, parce que manque l'unité du sujet, mais *comunione* (219) de biens, parce que multiples sont les

(218) cf. *Giovene*, op. cit., p. 114. — cf, dans le même sens, *de Vareilles-Sommières*, cité supra note 211.

(219) On pourrait traduire ce terme très simplement, sur le terrain du droit italien, par (droits réels) indivis, propriété indivise, si tout un parti de doctrine, en Italie, ne contestait la possibi-

titulaires. » (220). Il faut conclure, avec la Cour de Cassation de Florence (221), que « de l'absence de personnalité juridique il ne découle pas que n'existe et ne puisse exister une collectivité, dont les membres soient titulaires de droits indivis ou conjoints et puissent faire valoir ces droits en justice... » (222).

lité même du concept de propriété indivise (cf. la théorie de *L. Coviello et Bonelli*, infra, n° 22 in fine). — Plus largement, le terme peut convenir à toute jouissance en commun, par exemple à la *gesammte Hand* germanique, exclusive du régime de l'indivision (infra n° 20).

(220) *Coviello N.*, op. cit., p. 223-4. — cf. aussi *Rodino*, art. cit, dans *A.G.*, 1892, I, p. 185-6. — Nous ne faisons nôtre que le principe de la distinction, quitte à entendre différemment ses applications : cf. notamment infra, chap. XIV, n°s 43 et 44.

(221) arrêt du 9 mars 1914, dans *R. d. comm.*, 1914, II, p. 846-7.

(222) Nous n'insistons pas davantage sur le principe de la capacité de l'association, universellement admis en Italie par la doctrine, à laquelle adhère de plus en plus la jurisprudence. Le lecteur pourra se reporter utilement à l'exposé critique de *de Vareilles* dans son *Contrat d'association* (cité), dont les auteurs étrangers ne font guère que rappeler les arguments. — On sait que, en France, la thèse envisagée par *de Vareilles* est modifiée dans ses termes par la loi du 1er juillet 1901. Pour les associations non déclarées, licites, mais privées de personnalité (article 2), la solution de l'incapacité absolue découlerait, d'après certains, de l'article 17 qui déclare nuls tous actes ayant pour objet de permettre aux associés de se soustraire à plusieurs dispositions de la loi, en particulier à celle de l'article 2 (sic *Trouillot et Chapsal*, *Lois nouvelles*, 1901, p. 95 et sq.). Il nous semble, au contraire, que, — à moins d'admettre la *capitis deminutio* dont nous parlons au texte, admission qui réclamerait l'appui d'un texte formel, — la capacité des membres envisagés *ut singuli* doit sortir tous ses effets : pas de sujet de droits unique, certes, mais sujets multiples, avec tous les inconvénients, d'ailleurs, de cette dispersion, de cet éparpillement des droits (sur ces inconvénients, cf. en particulier l'ensemble du chapitre suivant). Au surplus, le texte de la loi elle-même, contraint selon nous, à cette opinion : l'article 4, qui, de par sa place, s'applique aux associations non déclarées elles-mêmes, organise le payement des cotisations : or ces cotisations, ces apports, doivent appartenir à quelqu'un ; pas à l'être moral, puisqu'il n'existe pas ;

Nous n'entrons pas ici dans l'étude des modalités selon lesquelles s'exerce cette capacité (cf. infra, IIe partie, IIe section). Nous négligeons même, pour l'instant, les objections à cette capacité, spéciales à tel acte juridique déterminé — nous visons surtout l'acquisition à titre gratuit —, et qui trouveront leur réponse dans les développements respectifs consacrés plus loin aux divers rapports de l'association avec les tiers. Qu'il nous suffise, en attendant, d'avoir rappelé le principe même de la capacité de l'association, autrement dit des associés, titulaires chacun pour une part dans les différents rapports juridiques où intervient le groupement.

Et nous pourrions chercher dès maintenant les conséquences du contrat d'association, ainsi que la manière dont s'exerce et se traduit la capacité de l'association ainsi définie, s'il ne nous fallait envisager la troisième tendance, sus-énoncée, de la doctrine en face du contrat d'association : celle qui ne se contente pas d'affirmer la capacité et la validité de leur contrat, mais qui attribue à ce contrat la création d'un groupe cohérent, à patrimoine autonome, d'une véritable unité juridique ; rapprochant ainsi, singulièrement, l'association non reconnue de l'association douée de personnalité.

mais aux associés co-propriétaires ; et par cette brèche doit passer la capacité de l'association, — entendez . des associés —, de posséder, acquérir et contracter. — Cf. pour le droit français, dans le sens, indiqué au texte et dans cette note, d'une copropriété par indivision : *Margat*, article cité dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p. 259 et sq. (adde : la remarque du même auteur sur les associations déclarées ; supra, note 81) — avec des restrictions importantes, *Capitant*, op. cit., p. 203-214. — *Michoud*, op. cit, I, p. 420-432 leur assigne même un régime plus favorable que l'indivision (sans aller toutefois jusqu'à admettre l'autonomie du patrimoine) .

CHAPITRE VII

Théories du patrimoine autonome [223]

N° 19. L'absence de reconnaissance emporte l'absence d'autonomie du patrimoine social. — Cette conséquence est contestée en Italie par quelques auteurs. — N° 20. Le prototype de ces constructions favorables au patrimoine autonome de l'association est la *gesammte Hand* germanique : description sommaire. — N° 21. Théorie de *Chironi* : les associés en état d'union ; efficacité attribuée par cet auteur au pacte social. — Solidarité de sa conception avec l'explication donnée par *Manara* aux dispositions du Code de commerce sur les sociétés commerciales et l'interprétation de l'article 1724 du Code civil italien sur les sociétés civiles ; nécessité de relier la théorie de *Chironi* à ces thèses connexes. — N° 22. La discipline positive des sociétés commerciales constitue-t-elle un postulat de leur personnalité morale (opinion dominante), ou peut-elle s'expliquer par la seule vertu du contrat de société (opinion de *Manara*) ? — Thèse intermédiaire de *Bonnelli* : la *comunione personificata*. — N° 23. On peut retenir de la thèse de *Manara*

(223) Ce long chapitre est consacré presque entièrement aux sociétés commerciales. Sur le conseil de Monsieur *Lévy-Ullmann*, nous le maintenons cependant : on nous a fait observer que la controverse que nous rapportons, qui n'est peut-être pas très familière à tous les lecteurs français, déborde en réalité le cadre des sociétés commerciales : de la solution qu'on lui donne dérivent pour l'association les plus graves conséquences.

que la personnalité morale n'est pas la seule source concevable de l'autonomie du patrimoine social : l'ancien droit, en particulier, concevait logiquement les sociétés commerciales de personnes comme des groupements autonomes sans faire appel à la personnalité. — N° 24. Par contre, l'article 1724 du Code civil (= 1860 Code civil français) ne consacre pas l'autonomie du patrimoine social dans la société civile. — N° 25. Le contrat de société, en principe, n'engendre pas l'autonomie du trimoine social : l'intervention du législateur est nécessaire à cet effet. — Or, cette intervention s'est produite pour les sociétés commerciales, non pour la société civile, ni l'association. — L'association ne peut davantage invoquer la coutume en faveur de cette autonomie. — Et la volonté privée est impuissante à créer un patrimoine d'affectation. — N° 26. La solution à laquelle on est ainsi contraint d'aboutir en droit positif, n'en est pas pour cela plus rationnelle : un mot de critique législative.

N° 19 La capacité de l'association, telle que nous l'avons dégagée, nous apparaît comme la somme, la juxtaposition de la capacité des associés ; l'association est capable de posséder, d'acquérir, cela veut dire : les associés sont capables de posséder, d'acquérir, en qualité de copropriétaires ; l'association est capable d'obliger autrui ou de s'obliger envers autrui, traduisez : les associés sont capables d'intervenir comme cocréanciers ou co-débiteurs dans un rapport obligatoire. Chacun d'eux est titulaire d'une quote-part des biens communs, et cette quote-part, au même titre que n'importe quel de ses biens, demeure le gage de ses créanciers personnels, qui concourent avec les créanciers sociaux ; d'autre part, les créanciers sociaux sont créanciers de chaque associé pour sa part, et peu-

vent se satisfaire sur cette quote-part, mais aussi sur tous les biens personnels de cet associé : autrement dit, le fonds commun n'a qu'une existence de fait, apparente, il n'est doué au point de vue juridique d'aucune autonomie, il ne représente ni le gage exclusif des créanciers sociaux, ni leur gage unique. Bref, il n'y a dans l'association que des co-propriétaires, des co-créanciers, des co-débiteurs, et en principe s'appliquent les règles qui gouvernent tant l'indivision que les obligations conjointes. En principe, car nous aurons l'occasion de préciser les importantes déviations que font subir à ces règles tant le contrat d'association dans les rapports entre associés que les clauses de leurs conventions avec les tiers. Mais, quelles que soient ces modifications, elles sont impuissantes à former un patrimoine rigoureusement autonome, à détacher absolument les biens sociaux des personnes des associés : ceux-ci en restent titulaires, chacun pour leur quote-part, en l'absence de ce sujet unique concentrant en lui les droits et obligations des associés en tant que tels, et qu'aurait fait surgir la reconnaissance de la personnalité juridique. Si telle est l'opinion dominante en Italie, ce n'est pas à dire qu'elle n'ait suscité et ne suscite encore des contradicteurs : cette autonomie du patrimoine, cette séparation de la sphère des intérêts du groupe d'avec celle des intérêts individuels des membres, effet principal et seul constant (224) de la personnalité juridique, on a voulu l'étendre à l'association non reconnue. Le prototype de ces constructions

(224) cf. *Thaller*, op. cit, 2e édit., n° 287, approuvé par *Bonelli*, *I concetti di comunione e di personalita nella teorica delle societa commerciali*, dans *R. d. comm.*, 1903, I, p. 313, et *Giovene*, op. cit. p. 92. — (On sait que la responsabilité illimitée des membres du groupe n'est pas inconciliable avec la personnalité morale du groupe, les membres jouant aors le rôle de cautions de la personne morale).

est la *gesammte Hand* germanique : en cette qualité, il nous faut brièvement la caractériser, et bien qu'on ne l'ait guère invoquée directement en Italie pour traduire le régime de l'association.

N° 20 Pour savoir les raisons et les traits mêmes de l'organisation de la communauté en *gesammte Hand,* si différente de la communauté romaine ou indivision, il faut prêter attention au lien essentiellement personnel, qui, à l'origine, unissait ses membres (225) : dans l'indivision romaine, les sujets peuvent parfaitement être étrangers les uns aux autres ; au contraire, la communauté de droit germanique a sa source dans le droit de famille allemand : elle est née de la continuation de la vie en commun après le décès du père. Insensiblement, d'ailleurs, son domaine vient à s'élargir, et elle peut se constituer même entre étrangers, pourvu que la vie en commun réunît les membres ; par contre, dans les villes, les fils, tout en continuant en *gesammte Hand* le commerce de leur père, s'affranchirent souvent de la vie commune : si bien que la communauté d'existence elle-même, tout comme le lien de parenté, finirent par n'être plus considérés comme conditions de l'établissement de la main commune. Il n'en est pas moins vrai que ce sont précisément ces conditions, inséparables de la *gesammte Hand* dans les temps anciens, qui fournissent la clef de son organisation. Elles expliquent d'abord l'absence de tout droit distinct de quote-part au profit des membres : rien, ici de cette délimitation du droit de chacun, si caractéristique de l'indivision romaine,

(225) « *Comunione* essentiellement personnelle, dit *Ferrara,* lien personnel, qui réagit seulement par contre-coup sur la sphère patrimoniale des membres ; et, plutôt qu'une institution relative aux droits réels, principe général qui inspire un grand nombre d'institutions juridiques ». (op. cit, p. 476-7).

et dont le besoin ne se fait pas sentir à l'intérieur d'un groupe familial où les intérêts de chacun sont confondus ; le patrimoine soumis à la *gesammte Hand* appartient tout entier au groupe tout entier, l'avantage apporté ou le dommage causé par un membre affecte tout le patrimoine; et chaque membre tire de l'ensemble des biens communs les avantages dont il a besoin, conformément à l'usage et selon le bon vouloir de tous, sous le contrôle du chef du groupe. On voit aisément les conséquences de cette absence de division en quotes-parts individuelles : toute parcelle du patrimoine commun est soustraite à la disposition d'un membre ou de l'autre, puisque sur nul élément de ce patrimoine aucun membre n'est titulaire d'un droit distinct, exclusif ; l'intervention de tous les membres (à l'origine, se présentant aux tiers, les mains entrelacées : d'où le nom de main commune), est absolument nécessaire à la validité de tout acte de disposition ; toutefois, l'organisation croissante de ces communautés investit généralement un des membres du pouvoir de représenter le groupe entier : quoi qu'il en soit, le patrimoine commun échappe aussi pleinement à l'appropriation pour partie et au caprice des individus que dans le groupe revêtu de personnalité morale (226). Faute de quotes-parts déterminées encore, le membre qui sort du groupe ne saurait prétendre à une portion quelconque des biens communs : ceux-ci appartiennent au groupe pris dans son ensemble, et ce groupe en demeure titulaire, qu'il se rétrécisse ou d'ailleurs s'étende ; les nouveaux membres, en effet, qui prennent la place des membres défunts, et selon des règles propres, indépendantes des règles succes-

(226) Par une voie différente sans doute, puisque à la décision de la majorité est ici substituée la décision de la collectivité entière, ou représentée par son chef.

sorales, acquièrent en pénétrant dans le groupe le droit aux mêmes avantages. Le patrimoine appartient donc à tous les membres en tant que membres, et le voilà aussi indépendant de leur changement que de leur volonté individuelle : comme la personne morale elle-même, mais sans recourir à un nouveau sujet de droits distinct des personnes du groupe, la communauté tenue en *gesammte Hand* est à l'abri de toutes les menaces que la multiplicité des sujets de droits et leurs initiatives arbitraires d'une part, de l'autre le temps limité de la vie humaine, font peser sur les autres groupements. Toujours faute de délimitation des quotes-parts à l'intérieur du groupe, et puisque c'est le groupe dans sa collectivité qui est titulaire de tous les éléments du patrimoine commun, ce dernier ne répond pas des dettes purement personnelles des membres du groupe, mais seulement des dettes de la collectivité tout entière, et l'effet principal de la personnalité juridique (cf. supra note 224), — la soustraction du fonds commun au gage des créanciers personnels des membres, — est donc également atteint par la communauté soumise à la *gesammte Hand* (227).

(227) Avec une nuance, d'ailleurs. Il est inexact que les seuls créanciers sociaux puissent exercer leur droit de gage sur le patrimoine soumis à la main commune. On le dit souvent (ainsi, cf. *Margat*, art. cit. dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p. 248-9), mais c'est qu'on oublie que l'autonomie du patrimoine en *gesammte Hand* n'a pas été, comme dans la construction de la personnalité morale, cherchée de propos délibéré : elle n'est qu'un résultat fortuit, une conséquence du lien personnel entre les membres et du caractère collectif de leur jouissance ; ici, on n'a pas un fonds social affecté à une entreprise, mais un fonds commun affecté à une collectivité, et qui, logiquement, faute de toute distinction du tien et du mien à l'intéreur de la collectivité, ne peut-être engagé que la volonté de tous, — ou de leur représentant. — Aussi, n'est-ce pas des seuls créanciers sociaux que le patrimoine est le gage, mais de tous les créanciers de tous les membres pris à la fois, qu'ils soient ou non d'ailleurs créanciers

Par ailleurs, cette affectation aux créanciers communs des biens communs n'entraîne pas ici la limitation de leur gage à ces mêmes biens : puisque, par hypothèse, les créanciers de la communauté en *gesammte Hand* sont créanciers indistinctement, sans délimitation de part, de tous les membres du groupe et pour le tout, ils peuvent poursuivre également, et même en première ligne, les biens personnels d'un membre quelconque ; mais il n'y a pas là de différence essentielle avec la personnalité morale, qui n'entraîne pas nécessairement la limitation de la responsabilité pour dettes sociales au patrimoine social ; sauf, cependant, que cette responsabilité personnelle des membres de la personne morale, là où elle existe, est toujours subsidiaire (228).

En résumé, la *gesammte Hand,* comme la personnalité morale — en vertu d'un principe différent (229), il est vrai, puisque, ici, un nouveau sujet de droits ne

sociaux, que leur créance soit ou non relative à l'entreprise alimentée par le patrimoine commun ; il suffit donc que la créance existe contre tous les membres à la fois, comme serait par exemple celle résultant d'un délit commis par tous les membres, même hors de l'administration des affaires sociales. (cf. *Ferrara,* op. cit., p. 57718, et les auteurs y cités), Mais cette réserve faite, on conviendra qu'elle n'atténue, en pratique, que faiblement l'affectation du patrimoine aux créanciers sociaux ; il suffit même de se rappeler que la communauté tenue en *gesammte Hand* est essentiellement une communauté de personnes, le reflet dans le domaine patrimonial d'un lien à caractère nettement personnel, pour qu'on puisse dire, sans être taxé d'infidélité, que le patrimoine est affecté aux créanciers de la communauté.

(228) Nous nous inspirons dans ce développement du tableau présenté par *Ferrara*, op. cit., p. 474-496, 576-8.

(229) Et avec les différences indiquées au texte, qui découlent logiquement de cette différence initiale. — On peut en signaler d'autres : puisque le sujet, ici, n'est pas distinct des membres, mais eux-mêmes envisagés dans leur collectivité, leur capacité exerce son influence sur les contrats conclus par le groupe. De plus, ils sont eux-mêmes parties au procès, avec les conséquences corré-

substitue pas sa personnalité à celle des membres du groupe, mais les personnalités mêmes de ces membres sont indissolublement unies, toujours envisagées dans leur collectivité et formant un tout —, aboutit à soustraire le patrimoine commun aux conséquences qu'entraîne dans l'indivision romaine la délimitation du droit de chaque membre. Le patrimoine de l'entreprise soumise à ce régime juridique ne saurait redouter ni les actes individuels de disposition qui le mutileraient, ni les conséquences des dettes personnelles aux associés, ni le démembrement qui accompagne ailleurs l'exode des titulaires : les actes de disposition de la moindre parcelle du patrimoine échappent au membre isolé ; les titulaires, en même temps qu'ils perdent leur qualité de membres, perdent leurs droits, qui accroissent aux autres membres ; le patrimoine, enfin, n'est pas compromis par les engagements personnels, malheureux ou inconsidérés, des membres du groupe. Cette forme germanique de copropriété, à laquelle sont soumises d'ailleurs en Allemagne les sociétés civiles (cf. art. 719 du Code civil allemand), a joui d'une fortune considérable au Moyen-Age, et a essaimé bien ailleurs qu'en Allemagne : nos sociétés taisibles, en France, en offrent une application. Elle a eu surtout le grand mérite d'offrir aux sociétés commerciales un cadre adéquat, propre à leur développement : les sociétés en nom collectif ne sont que le prolongement des communautés du Moyen-Age où les fils continuent, après la mort du père, l'entreprise de ce dernier ; en droit maritime, les sociétés d'armateurs ont été conçues

latives de procédure : par exemple, ils ne peuvent être témoins dans les procès qui intéressent le groupe ; dans les pays où vaut la règle : nul ne plaide par procureur, les noms de tous les associés doivent être indiqués dans tous les actes de procédure. — cf. *Michoud*, op. cit., I, p. 163 à 170. — *Ferrara*, op. et loc. cit).

selon ces principes, et *Saleilles* en a montré le rôle dans la formation de la commandite, qu'il estime obéir encore de nos jours à ce régime (230). En serait encore une survivance le régime de communauté entre époux, tant en droit français qu'italien (231). Et parmi les nombreuses tentatives suscitées par la loi française du 1er juillet 1901 pour définir la situation des associations non déclarées, on sait qu'il en est une qui les soumet à la *gesammte Hand.* (232).

Dans la communauté des membres de l'association non reconnue en Italie, faut-il voir une communauté en *gesammte Hand,* et non une indivision selon les principes romains ? Etudiant l'association en France avant 1901, *Crome* a répondu par l'affirmative, et ses commentateurs *Ascoli* et *Cammeo* remarquent brièvement : « En ce qui concerne le droit privé, le régime juridique des associations sans but de lucre en Italie est analogue à celui décrit par *Crome* » (233). Or, d'après ce dernier, « on doit attacher à l'entrée dans l'association cette signification, que tout membre est réputé co-propriétaire du patrimoine social, seulement

(230) *Saleilles*, *Histoire des sociétés en commandite*, dans *Annales de droit commercial*, 1895 et 1897. — En Allemagne ,le caractère de *gesammte Hand* est revendiqué par beaucoup pour les sociétés commerciales de personnes. — En Italie, où la nature des sociétés commerciales a donné lieu aux constructions les plus variées, on a fait appel également à la main commune.

(231) cf. *Masse*, *Caractère juridique de la communauté entre époux*, Paris, 1902. — *Ferrara*, op. cit., p. 481-7.

(232) *Hauriou*, *Précis de droit administratif*, 5e édit., p. 115, analysé et critiqué par *Margat*, article cité, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p, 246-252. — *Saleilles*, op. cit., dans *Annales de Droit commercial*, 1897, p. 47, suggérait déjà, avant 1901, l'application aux associations.

(233) *Ascoli et Cammeo*, sur *Crome*, cité p. 181 et sq. — (Toutefois les annotateurs y déclarent certaines solutions données par Crome inapplicables en droit italien).

parce qu'il fait partie de l'association ; et que, par contre, en en sortant, il renoncera à tous ses droits sur lui. » Voilà donc le patrimoine rendu indépendant des changements dans le personnel du groupe (234). « Mais, même en sa qualité de membre, chacun ne peut exiger, en s'appuyant sur l'article 815 du Code civil, le partage du patrimoine social, parce que l'action en partage d'après la loi comporte exclusivement le droit de convertir la division idéale en quotes-parts en une division effective, et que par conséquent son application présuppose nécessairement l'existence d'une communauté telle — (l'indivision romaine) — qu'à chacun des associés appartienne une quote-part idéale sur les biens communs. Or, cette notion de division idéale en quotes-parts est étrangère à notre hypothèse, c'est évident ; car, si on l'adoptait, l'admission d'un nouveau membre causerait à chaque associé antérieur un préjudice, préjudice que non seulement il ne consent pas, mais qui ne trouve pas non plus sa justification dans l'acte d'admission. La communauté dont jouissent les membres de l'association est, au contraire, comme au cas de communauté entre époux, un rapport de main commune de type germanique, c'est-à-dire un *condominium* modifié, excluant la division idéale en quotes-parts... » (235). Et *Crome* en déduit en particulier l'impossibilité logique de toute demande en partage (236). Lors de la dissolution du groupe, « ... le rapport de main commune se résout en une

(234) Michoud arrive à la même conclusion, à propos de l'association non déclarée de la loi de 1901, par interprétation de l'article 4 de ladite loi, et sans s'appuyer sur le régime de main commune qu'il repousse au contraire (cf. op. cit., I, p. 420-432).

(235) *Crome*, op. cit., p. 182-3.

(236) Conclusion que nous ne repoussons pas en elle-même, mais sans recourir à la main commune, comme on le verra infra (n°s 39 et 41).

vraie et propre copropriété, et... tout membre peut prétendre à une reddition de comptes et à l'assignation d'une part. » (237).

Mais ce n'est guère directement, nous l'avons noté, que la main commune a été proposée en Italie pour expliquer la situation juridique de l'association. Par contre, d'autres constructions ont été édifiées, qui ont avec elles un rapport étroit de ressemblance, sinon de filiation, et qui appellent les mêmes objections. Aussi, nous réservons-nous de discuter le bien-fondé de la tendance commune à ces théories, à propos de leur aspect proprement italien, en particulier de la thèse de *Chironi,* que nous abordons maintenant.

N° 21. « Pour déterminer le concept d'association, nous dit *Chironi,* il faut procéder par scission sur la structure des deux formes : corporation (association douée de personnalité morale), et société civile. » (238). Et, en effet, la question de l'association ne s'est posée que depuis que le droit moderne, d'une part, a séparé les deux caractères autrefois solidaires de groupement licite ouvert et de personne morale (239), et que, d'autre part, il a plus ou moins heureusement considéré le but de lucre comme essentiel à la société (240). Il n'en demeure pas moins que c'est dans les règles de la corporation et celles de la société, judicieusement combinées, que l'association trouvera

(237) *Crome*, op. cit., p. 188.

(238) *Chironi*, *La personalita giuridica delle associazioni*, dans la *Legge*, 1901, p. 176 et sq.

(239) A ce sujet cf. *Saleilles*, art. cit. dans *Annales de droit commercial*, 1895, p. 73-76 et sq ; 1897, p. 44.

(240) Sans ces deux réformes, si contestables, du droit moderne, en effet, toute association ouverte licite serait personne morale, *corporation* ; et les règles sur les sociétés civiles gouverneraient les groupements fermés, quelque soit leur but.

son statut. En particulier, la tendance de l'association non reconnue et celle de la corporation sont identiques : elles poursuivent, toutes deux, une entreprise durable, et dont l'intérêt ne se confond pas avec l'intérêt personnel des membres : il faudra donc emprunter toutes les règles de la corporation, à l'exception de celles qui ne peuvent s'expliquer uniquement que par son caractère de personne morale. Or, à ce point de vue, si l'on songe que les société commerciales de personnes fonctionnaient dans l'ancien droit avec la même souplesse qu'aujourd'hui, sans être pour cela considérés comme personnes morales (241), on ne s'étonnera plus que nombre de règles des corporations soient applicables aux associations non reconnues : la même raison qui avait permis aux usages commerciaux et aux commercialistes d'assurer aux sociétés commerciales une vie indépendante sans recourir à la personnalité morale, permet tout aussi bien à l'association non reconnue d'atteindre à des résultats voisins de ceux de l'association reconnue; cette raison commune, quelle est-elle ? Simplement le pacte social, qui a présidé à la formation du patrimoine, et qui, en conformité avec le but poursuivi, restreint nécessairement et de plein droit les pouvoirs des associés sur le patrimoine social : « Il ne faut pas dire que le patrimoine appartient au but, car le but ne joue pas le rôle d'une personne ; mais, par l'effet du contrat social, le but envisagé impose un lien

(241) L'ancien droit réservait harmonieusement le régime de la personnalité morale aux groupements ouverts, à responsabilité limitée, qui seuls donnent « la projection d'une personne unique, seule propriétaire de l'avoir commun, seule débitrice des dettes sociales »(*de Vareilles-Sommières*, op. cit., n° 50 — cf. aussi n° 847). — Adde : *Saleilles*, art. cit.,, dans *Annales de droit commercial*, 1897, p. 42-3. — Il faut d'ailleurs noter que *Chironi* vise ici toutes les anciennes sociétés commerciales italiennes indistinctement.

aux biens, qui n'appartiennent pas, sans doute, à un sujet nouveau, mais à tous les associés pris tous ensemble, union de personnes liées par un pacte » (242). Un sujet de droits nouveau distinct des associés n'a pas surgi du pacte, « les associés opèrent bien en qualité d'individus, mais d'individus associés : aussi peut-on étendre aux associations les concepts relatifs à la représentation dans les corporations » (243), et les associés auxquels se réfèrent les actes juridiques posés par le représentant sont ceux-là seuls qui font partie du groupe au moment où l'acte juridique produit ses effets, car le rapport a été constitué au nom de l'association, au nom des associés « parce qu'associés et en tant qu'associés » (244) ; et les tiers ne peuvent se plaindre des changements survenus dans le personnel du groupe entre la naissance et l'exécution du rapport, car ils savaient que les membres n'étaient entrés en rapports juridiques qu'en leur qualité de membres. Lorsqu'un membre quitte le groupe, il faut interpréter la volonté des parties, qui est la loi de l'association, et attribuer au membre sortant une part, en application des règles de la société, s'il apparaît qu'à côté de l'intérêt du groupe subsistait un intérêt individuel des membres ; cet intérêt individuel n'apparaît-il pas au contraire, alors il faut se souvenir que, d'après le contrat les biens sont destinés à atteindre un but déterminé, et qu'en conséquence, ils appartiennent aux associés tendant à ce but, en tant qu'associés ; l'associé sortant perd donc tout droit sur eux : ainsi le veut « le but de l'union, le motif qui a poussé les associés à contracter, l'entité du patrimoine tournée vers un

(242) *Chironi*, article cité, dans *L.* 1901.

(243) *Chironi et Abello*, *Trattato..* cité, I, p. 171.

(244) *Chironi et Abello*, op cit., I, p. 172.

but commun (245). « L'entité du patrimoine » : nous touchons au point le plus vulnérable de la théorie. En effet, la volonté des associés de poursuivre par leurs efforts communs un but déterminé peut et doit s'interpréter comme contenant implicitement certains engagements qui aboutissent, croyons-nous, à plusieurs des solutions préconisées par *Chironi,* — (il faut seulement se rappeler que si le contrat est la loi des contractants, il ne l'est que d'eux seuls : cf. infra, chapitre VIII, n° 27). — Mais cette volonté même n'est-elle pas impuissante à détacher du patrimoine de chaque associé ses droits sur le fonds commun ; à constituer ce fonds commun, bien qu'il continue à appartenir à chacun des associés pour une part, comme un patrimoine autonome ; frappé dès lors d'une indisponibilité réelle, qui rend vains les actes de disposition individuels, et en l'affectant aux créanciers sociaux le soustrait aux poursuites des créanciers personnels des associés ? Mais, nous répond *Chironi,* « c'est par cette manière d'être du patrimoine, affecté à un but déterminé, que la doctrine des anciens commercialistes expliquait dans les sociétés commerciales cette condition juridique que le droit moderne rattache à la personnalité morale, et que s'explique aussi la disposition (246) qui, dans les sociétés civiles, défend aux associés d'aliéner ou d'obliger en quelque manière le patrimoine des membres envisagés comme associés, le patrimoine social. » (247). Si nous ne nous trompons,

(245) Chironi et Abello, op. cit. I, p. 174.

(246) L'article 1724 du Code civil (= 1860 Code civil français).

(247) *Chironi et Abello,* op. cit., I, p. 173. — On voit maintenant pourquoi nous rapprochions cette thèse de la *gesammte Hand* :des deux côtés, et en rejetant l'apparition dun nouveau sujet de droits distinct des associés, les associés ne sont considérés comme titulaires que tous ensemble et rigoureusement en tant qu'associés ; des deux côtés, le patrimoine, qui appartient au groupe, est nettement

c'est donc à la même doctrine qui régissait les sociétés commerciales dans l'ancien droit, et les régit peut-être encore (248), — et que Saleilles définissait comme la *gesammte Hand,* mais qui aurait un caractère original, distinct, d'après les commercialistes italiens (249), — c'est à cette même doctrine qu'on fait appel, tant pour interpréter les dispositions du Code civil sur les sociétés civiles que pour réglementer les associations : dans tous ces groupements, l'autonomie du patrimoine serait obtenue sans le secours d'un nouveau sujet de droits distinct des membres, par la seule vertu du contrat ; la volonté des contractants de poursuivre ensemble un but déterminé détacherait du patrimoine de chacun les biens apportés au fonds commun, et ce dernier, — tout en appartenant aux associés, — soustrait à leur disposition individuelle et à leurs créanciers personnels, acquerrait une cohé-

séparé des biens personnels des membres. Sans doute, *Chironi* ne repousse pas la copropriété romaine et cette division en quotes-parts idéales, dont nous avons noté l'absence comme caractéristique de la *gesammte Hand* et la source de tous ses effets essentiels ; il faut seulement se souvenir que, sous l'influence de la copropriété romaine, le patrimoine tenu en *gesammte Hand* en vint souvent à être divisé en quotes-parts en prévision de l'éventualité de la dissolution, sans que cette division d'ailleurs sorte d'effets immédiats et donc sans que la *gesammte Hand* perde les conséquences attachées naturellement àl'absence de quotes-parts (cf. sur cette corruption de l'institūtion primitive : *Ferrara*, op. cit., p. 476). Et cette observation légitime, croyons-nous. en définitive, la comparaison.

(248) cf. sur la controverse : infra : n° 22.

(249) Il n'est pas douteux que le développement, si considérable en Italie dans l'ancien droit, des sociétés de commerce terrestres et maritimes, et dont l'organisation a servi de type en Europe, permet aux auteurs italiens de parler d'institution nationale ; cependant, ce n'en est pas moins ce vieux type de propriété germanique en *gesammte Hand* qui semble inspirer plus ou moins ces sociétés (cf. *Saleilles*, art. cit., dans *Annales de droit commercial*, 1895 et 1897).

rence et une indépendance ne le cédant en rien au patrimoine rattaché à une personne morale. Ainsi, notre question nous paraît-elle étroitement apparentée à la controverse très vive qui divise la doctrine italienne sur la nature des sociétés commerciales ; solidaire, également, de la discussion relative à l'article 1724 du Code civil, où, selon certains, serait reconnue cette autonomie à la société civile. Les passer sous silence, ce serait s'exposer à porter un jugement mal informé sur l'association elle-même ; il nous faut donc replacer la théorie de *Chironi* dans son cadre naturel, en rappelant les explications divergentes qui prétendent rendre compte des dispositions du Code sur les sociétés de commerce. (250).

N° 22. L'article 77 du Code de commerce italien, après avoir déclaré que les sociétés en nom collectif ou en commandite existent sous une raison sociale, et non la société anonyme, se termine en un paragraphe 3 ainsi conçu : « Les dites sociétés constituent, par rapport aux tiers, des êtres collectifs — (*enti collettivi*) —, distincts des personnes des associés. » Voilà, dira le lecteur français, proclamée sans équivoque la personnalité des sociétés commerciales ; et c'est ce que concluent parfois les commercialistes français (251).Le texte n'a pourtant pas paru aussi

(250) Le question doit se discuter en droit positif, non in abstracto ; et c'est bien le terrain qu'adoptent respectivement les adversaires. (cf. *Fadda et Bensa* sur *Windscheid*, op. cit., I, p. 802, en note. — *Manara, Delle societa irregolari e del loro fallimento*, dans *G. I.*, vol. L, 1897 ; p. 5-6 de l'extrait. — (Nous nous contentons de dessiner largement les tendances adverses, pour reléguer en note quelques-unes des réponses précises qu'ont appelées les arguments présentés de part et d'autre.

(251) cf. par exemple, *Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial*, 4e édit., tome II, 1re partie, n° 125.

décisif à un certain nombre de commercialistes italiens ; à *Manara,* en particulier, qui, mettant en relief, dans le texte de l'article, tant l'expression « *enti collettivi* », qu'il oppose à personnes morales, à « *corpi morali* », que la restriction « par rapport aux tiers », se refuse à voir une personne morale dans la société de commerce, et attribue au contrat de société la vertu de produire une collectivité se présentant dans ses rapports avec les tiers comme un tout : être distinct, à l'apparence, des personnes des associés, mais qui, « en réalité, n'est que la collectivité des associés » (252), co-propriétaires du patrimoine social, dans l'état de *comunione* romaine, d'indivision.

Pour la doctrine dominante, au contraire, représentée en première ligne par *Vivante* (253), la société commerciale est une personne morale, et le patrimoine social n'est pas la copropriété des associés. Tel est le sens obvie de l'article 77 précité, paragraphe 3; et toute la réglementation même des sociétés commerciales ne s'explique que par la naissance de ce sujet de droits nouveau distinct des associés. Que deviennent, en effet, les apports des associés ? « En l'absence de stipulation contraire, nous répond l'article 82, ils deviennent propriété de la société » ; donc, ajoute-t-on, non pas la copropriété des associés (254). Et la

(252) *Manara, Delle societa di commercio irregolari*, cité, p. 47 de l'extrait.

(253) *Trattato di diritto commerciale*, tome II, p. 12 et sq. ; (nous renvoyons à la traduction *Escarra*) ; cf. p. 6, en ce sens la doctrine et la jurisprudence dominantes (en particulier la Cour de Cassation de Rome).

(254) La question tranchée par l'article 82 est tout autre, riposte justement *Manara* : elle concerne la controverse née en France et en Belgique, où, dans le silence des textes, on s'est demandé s'il fallait présumer un apport en propriété, en usufruit, ou en jouissance. (cf. *Manara*, art. cit., p. 26-7 de l'extrait).

solution est corroborée par l'article 110, qui, prévoyant le cas où un associé dispose d'une chose sociale sans le consentement écrit des autres, le soumet, en même temps qu'à la réparation du dommage, à « l'action pénale s'il y a lieu », et sans limiter cette action à ce qui excèderait sa part dans l'objet : or, aux termes de l'article 402 du Code pénal, « la quantité de la chose soustraite, — (en cas de vol) — se détermine, déduction faite de ce qui appartient au délinquant » (255). Comment concilier, d'ailleurs, avec le maintien de la copropriété des associés le fait que les biens sociaux échappent au gage des créanciers personnels des associés tant que dure la société (article 85) ; les créanciers personnels ne sont pas seulement primés par les créanciers sociaux, mais écartés d'une manière absolue et alors même qu'il n'y aurait pas de créanciers sociaux (246). Ajoutez à cela que l'associé qui se retire (article 158, avant-dernier paragraphe),. ou qui est exclu (article 187 in fine), n'a pas droit à une quote-part des biens sociaux, comme le conmmanderaient pourtant les règles de partage d'une communauté (articles 684, 987 et suivants du Code civil), mais seulement à une somme d'argent correspondante ; et, dans le même sens, les articles 203 et 217 n'astreignent pas le liquidateur de la société à composer les parts de biens de même nature, mais lui permet-

(255) On peut répondre que l'article 110, en faisant allusion à l'action pour vol, reste muet sur la quotité de l'objet volé, et ne fournit donc aucun argument.

(256) Dans l'ancien droit et dans le Code de commerce de 1865, — (le Code de commerce actuel est de 1883), — les créanciers personnels étaient non exclus, mais seulement primés par les créanciers sociaux ; et cette préférence même indiquait, dit *Manara*, que les associés n'avaient pas cessé d'être co-propriétaires des biens ; mais même l'affectation exclusive au but social peut se justifier, d'après lui, hors de la personnalité morale. (cf. *Manara*, art. cit., p. 31 à 42 de l'extrait ; et cf. infra l'exposé de la thèse de *Manara*.

tent de convertir l'actif social en argent, en sorte que le partage porte sur les sommes ainsi obtenues (257). Encore : aux termes de l'article 418 du Code civil (correspondant à peu près à l'article 529 du Code civil français), les actions et parts d'associés ont le caractère mobilier dans les sociétés commerciales, même possédant des immeubles ; c'est donc que l'associé cesse complètement d'être propriétaire de l'objet apporté, et que son droit réel a fait place à un droit conditionnel de créance (258). Ainsi, toutes les dispositions de la loi commerciale impliquent l'existence, dans les sociétés de commerce, d'un sujet de droits distinct des associés, et sont inconciliables avec la copropriété des membres ; ce sujet de droits « a un domicile distinct ; un nom, qu'il peut défendre contre toute usurpation ; un patrimoine affecté à une fin propre ; il est compté parmi les commerçants (article 8 du Code de commerce), parmi les contribuables (loi du 14 août 1887, articles 13, 15, 29), même parmi les électeurs dans le ressort des Chambres de commerce où il a ses intérêts (loi du 6 juillet 1862, article

(257) L'opportunité seule de ces solutions n'est-elle pas amplement suffisante à en rendre compte ?

(258) Pour *Manara*, au contraire, (art. cit., p. 27-9 de l'extrait), le texte invoqué prouve la copropriété des associés : si, en effet, les biens appartenaient à la personne morale société, le caractère mobilier du droit des associés serait déjà implicitement affirmé par le premier membre phrase de l'article 418 : « Sont meubles par la détermination de la loi, les droits, obligations et actions, même hypothécaires, qui ont pour objet une somme d'argent », et serait donc inutile le deuxième chef de l'énumération «.. les actions ou parts dans les sociétés de commerce ou d'industrie ». Au contraire, si les associés restent copropriétaires, leur droit ne consiste pas nécessairement en une créance ayant pour objet une somme d'argent ; il n'est donc pas, à ce titre, mobilier, et pour le rendre tel est nécessaire la seconde partie de l'énumération visant les parts et actions dans les sociétés de commerce.

11) » (259). Et ce n'est pas seulement par rapport aux tiers, c'est aussi par rapport aux associés que la société est une personne morale : l'expression employée par la loi « êtres collectifs par rapport aux tiers » s'explique par sa préoccupation dominante des rapports externes de la société, et son désir d'affirmer, dans ces mêmes rapports, la personnalité de la société : n'est-ce pas dans les seuls rapports externes, en effet, que la question pouvait faire doute, et qu'une déclaration formelle du législateur s'imposait ? Et cette vraisemblance, d'ailleurs, est confirmée par les dispositions diverses du Code qui nous montrent la société contractant avec les associés, les citant en justice devant le tribunal du siège social, les excluant de son sein, les contraignant de subir les délibérations conformes aux statuts et les modifications régulièrement votées à ces statuts : « dans toutes ces circonstances, la société agit comme un être autonome et se sert même des fonds apportés par les associés tout en exerçant ses droits contre ces derniers. ». Au surplus, « si la société n'avait pas les moyens d'exercer les actions qui lui appartiennent contre les associés, le patrimoine qui doit servir de gage aux tiers ne pourrait être constitué », si bien que c'est avant tout dans les rapports internes que la personnalité existe. Enfin, si cette restriction de l'article 77 pouvait prêter à équivoque, le législateur lui-même l'a dissipée, en supprimant, dans l'article 4 de la loi du 15 avril 1886 sur les sociétés de secours mutuels (260), les mots ambigus « à l'égard des tiers » : « Si l'on réfléchit que ces sociétés jouent un rôle analogue à celui des sociétés d'assurance mutuelle — (réglées par le Code de

(259) *Vivante*, op. cit, II, p. 25. — Sur les arguments précédents, cf. p. 18 à 25.

(260) cf. supra, chapitre II, n° 4.

commerce) (261) —, qu'elles se constituent selon les formes légales prescrites pour les sociétés par actions (même article 4), on pourra dire que le législateur lui-même a fourni la véritable interprétation de la loi.» (262)

Aux arguments tirés des dispositions mêmes du Code s'ajoutent les arguments de l'histoire. Le concept de patrimoine autonome de la société commerciale s'est dégagé au Moyen-Age ; on discute seulement si l'honneur en doit être attribué à la commandite maritime ou aux formes florentines de la commandite terrestre. Quoi qu'il en soit, cette autonomie du patrimoine s'est vue rattachée dès la fin du XVI[e] siècle au chef précis de la personnalité juridique, et cela sous des influences diverses. Influence des sociétés anonymes : les sociétés d'assurances par actions, formées à Naples au XV[e] siècle, étaient assujetties à l'obtention d'un privilège de la part des pouvoirs publics ; ce privilge apparut naturellement comme une concession de personnalité civile, nettement distincte des personnalités des associés. Influence des Bartolistes : ces juristes, nourris du droit de Justinien, en présence de l'autonomie patrimoniale des commandites florentines, cherchent dans le Digeste la justification juridique du phénomène ; ils croient la trouver dans l'*universitas*, le *corpus*, et ils en appliquent tous les textes aux sociétés commerciales. Influence enfin du droit canonique, dérivation parallèle à celle des Bartolistes, alimentée à la même source romaine, et qui avait, dès le XIII[e] siècle, dégagé avec précision le concept de personne morale (263). C'est, disions-nous, dans les dernières années

(261) cf. article 239 du Code de commerce, sur les sociétés d'assurance mutuelle : dans son alinéa 2 est répétée l'expression « *ente colletivo rispetto ai terzi* ».

(262) *Vivante*, op. cit., II, p. 25 et 26.

(263) cf. Monsieur *Lévy-Ullmann*, à son cours cité (1917-8).

du XVI[e] siècle que se dessine d'une manière de plus en plus ferme l'explication, par la personnalité juridique, de l'autonomie du patrimoine dans les sociétés commerciales : *Balde,* dans son commentaire au titre *Pro socio* du Code, était encore hésitant et contradictoire ; au contraire, le « *corpus mysticum* » de la décision 7 de la *Rote de Gênes* (264) est une locution empruntée à la doctrine canonique, laquelle entend toujours par là un être abstrait, idéal (265) ; et *Scaccia,* en 1619, pour justifier les prêts effectués par le Mont-de-Piété, alors que les deniers du Mont-de-Piété sont déjà la propriété de l'*universitas pauperum,* recourt à la comparaison des sociétés commerciales : « *quod aliud est corpus unius societatis et aliud est quilibet socius ejus ipsius societatis.* » (266). « La doctrine commercialiste, concluent *Fadda et Bensa* (266), a dès lors fait la conquête de la personnalité. »

Ce système, répond *Manara,* fait bon marché des expressions de l'article 77 du Code de Commerce : celui-ci nous dit que les sociétés constituent des « *enti collettivi* », non pas des « *corpi morali* », et par rapport aux tiers seulement ; il méconnaît la définition de la société, commune à la société commerciale et à la société civile ; il prétend enfin justifier par la personnalité morale les effets juridiques que le contrat de société est parfaitement apte à produire (267).

(264) Imprimée à Venise en 1582

(265) En sens contraire, *Goldschmidt,* dans son *System des Handelsrechts,* 3[e] édition, I, 1, p. 289, note 173 ; cité et combattu par *Fadda* et *Bensa* sur *Windscheid,* op. cit., I, p. 803.

(266) cf. *Fadda et Bensa,* op. cit., I, p. 802-6.

(267) La thèse de *Manara,* est présentée dans son ensemble en son *Trattato delle societa ed associazioni commerciali,* 2 volumes, 1903. Elle avait été élaborée successivement en une série de monographies : nous y renvoyons souvent, ainsi qu'à des monographies et notes importantes postérieures au *Trattato.*

Aucune définition de la société commerciale au Code de commerce : le législateur adopte donc le concept général de société tel qu'il l'a défini au Code civil, art. 1697 (= 1832 Code civil français). « Les éléments essentiels de la société civile le sont aussi de la société de commerce ; l'unique différence réside dans l'objet, qui, ici, d'après l'article 76 du Code de commerce, doit être l'exercice d'un ou plusieurs actes de commerce ». Les règles propres formulées au Code de commerce forment sans doute un règlement plus adéquat à l'objet des sociétés commerciales ; mais la nature juridique du lien, c'est à l'article 1697 du Code civil qu'il faut la demander, en transportant sans plus la définition de la société, du droit civil au droit commercial : la société de commerce est donc « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun en vue de partager le bénéfice qui en pourra résulter », — (article 1697 du Code civil), — et moyennant l'exercice d'un ou plusieurs actes de commerce (268). Société civile et société commerciale supposent toutes deux un fonds commun constitué par les apports des associés et demeuré indivis entre eux (269) : « L'article 1697 du Code civil, d'après lequel le contrat de société entraîne nécessairement une *comunione,* une indivision, entre les associés, s'oppose si explicitement à ce que l'associé perde durant la société tout droit sur la chose apportée, que sa disposition apparaît

(268) cf. *Manara. Le societa cooperative nel vigente codice di commercio*, dans *G.I.*, vol. L., 1898. — L'article 111 du Code de commerce parle en effet du fonds commun (*Manara*, *Delle societa di commercio irregolari*, cité, p. 26 de l'extrait.

(269) « Sans doute, remarque par contre *Vivante*, (op. cit., II, p. 19), historiquement la société est issue de la copropriété, mais la société commerciale s'en est nettement dégagée ».

inconciliable avec le concept de la propriété exclusive de l'être moral société » (270).

Comment expliquer la réglementation par le Code des sociétés commerciales, et, en particulier, l'autonomie du patrimoine social, si les associés restent co-propriétaires des biens sociaux ? « On est très large, vraiment prodigue, d'une prodigalité sans limites, observe *Manara,* pour admettre les plus variées et diverses espèces, catégories et gradations de personnes juridiques ; mais pour la *comunione,* — (la co-propriété), — on a posé en principe qu'il n'y a pas d'autre forme de *comunione* ou de co-propriété que la *comunione* simple, dans laquelle se trouvent, par exemple, plusieurs héritiers ; que le législateur n'a pas donné d'autre discipline à la *comunione* que celle prévue aux articles 673 et suivants du Code civil pour la *comunione* simple. La vérité est tout autre, à mon sens : c'est à savoir que notre législateur connaît, et discipline de manière adéquate, des formes très diverses de *comunione...* » (271) ; et *Manara* note les différences essentielles qui distinguent, d'après la loi, la *comunione* simple de la *comunione* d'un navire, de la *comunione* entre époux, de la *comunione* produite par le contrat de so-

(270) *Manara, Delle societa di commercio irregolari..*, cité, p. 11-12 de l'extrait. — *Ferrara,* op. cit., p. 570, répond que la définition n'étant que la synthèse schématique de la structure et des effets d'une institution, il faut pour trouver la définition de la société commerciale, s'inspirer des règles détaillées du Code de commerce qui offrent à cet effet un matériel surabondant, et non pas transplanter dans la chair vive d'une institution une définition arrachée à une autre institution. — Dans le même sens, *Vivante,* op. cit., II, p. 19, qui invoque aussi l'article 1er du Code de commerce, d'après lequel le droit civil ne s'applique qu'à défaut de dispositions de la loi commerciale.

(271) Pour les gradations dans la comunione, cf. aussi Navarrini, *Societa di commercio e proprieta in mano comune*, dans *D. comm.*, 1901.

ciété civile. Rien d'étonnant à ce que différent aussi des précédentes les *comunioni* qui résultent d'un contrat de société commerciale, et à ce qu'au sein des sociétés commerciales elles-mêmes la *comunione* soit différente selon qu'il s'agit de sociétés en nom collectif, en commandite, anonymes. En particulier, le législateur a nettement distingué la *comunione* pure et simple de toutes les *comunioni* fondées sur l'*affectio societatis,* et ces dernières, il les a dotées de l'autonomie patrimoniale : ainsi, l'article 1436 du Code civil déclare que seront partagés par moitié les acquêts de la communauté entre époux, mais déduction faite au préalable des dettes de la *comunione* ; dans les sociétés civiles et commerciales, « le fonds commun constitué par les associés, et donc leur copropriété, est soustrait entièrement à la libre disposition des associés, — qui ne sont pas administrateurs, bien entendu, et qui n'opèrent pas en cette qualité, — comme à la poursuite de leurs créanciers personnels : précisément parce que ce fonds commun a été affecté, — affectation expressément reconnue et protégée par le législateur —, au but social, but qui persiste tant que la société n'est pas dissoute pour une des causes de dissolution admises par la loi, et liquidée (articles 1724 du Code civil = 1860 Code civil français ; 85 et 850 du Code de commerce) » Il est vrai, ajoute *Manara,* « le sens de l'article 1724, à propos des sociétés civiles, est très controversé (272), mais je ne sais comment interpréter autrement l'article 1724 qui dispose textuellement : « L'associé qui n'est point administrateur ne peut aliéner ni engager les choses, même mobilières, qui dépendent de la

(272) Et c'est dans le sens contraire à celui préconisé par *Manara* que se prononce la presque unanimité de la doctrine italienne: cf. infra n° 24.

société » (273) : si l'associé ne peut engager les choses même mobilières qui dépendent de la société, cela veut dire, me semble-t-il, que, en s'engageant lui-même, il n'engage pas ces choses ; que ces choses, donc, qui dépendent de la société, sont soustraites à la garantie de ses créanciers personnels (articles 1948-9 Code civil = 2092-3 Code civil français), tant qu'elles dépendent de la société, c'est-à-dire tant que la société n'est pas dissoute... et liquidée... Bref, l'article 1724 du Code civil établit pour les sociétés civiles cette même autonomie patrimoniale qu'établit l'article 1436 du Code civil pour la *comunione* entre époux, et l'article 85 du Code de commerce pour toutes les sociétés commerciales, qu'elles soient ou non régulières (274). Même, dans cette manière de voir, l'article 85 du Code de commerce a son fondement naturel et sa pleine et logique explication dans l'article 1724 du Code civil » (275). En somme, pour *Manara,* comme le note *Bolaffio* (276), l'affectation des apports au but social, en vertu du contrat de société, crée « une charge réelle grevant les biens apportés en société », — (l'expression est de *Manara*) —, charge réelle qui s'oppose tant à la disposition individuelle de leur part par les associés, qu'à la saisie de cette part par leurs créanciers person-

(273) L'article 1724 reproduit, on le voit, mot pour mot, l'article 1860 du Code civil français.

(274) C'est le *vinculum juris*, le contrat de société commerciale qui crée l'*ente collettivo* de l'article 77 du Code de commerce pour *Manara* ; tandis que pour *Vivante* ce même contrat crée la personne juridique ; pour tous les deux, que la société soit ou non régulière ; au contraire dans la doctrine de *Bonelli*, infra.

(275) *Manara*, *La pretesa imponibilita del sopraprezzo nelle azioni di nuova emissione e la pretesa personalita giuridica delle societa commerciali*, 1911, p. 91 à 96.

(276) dans *Societa commerciali e societa cooperative*, dans *Diritto e giurisprudenza*, 15ᵉ année, n°ˢ 32 à 35, (analysant l'article cité de *Manara*, *Delle societa di commercio irregolari*...), page 3 de l'extrait.

nels : et cela, non pas du tout parce que l'associé serait dépouillé de tout droit de propriété sur les choses sociales, mais parce que, en les apportant en société, il les a rendues communes et soustraites, jusqu'à concurrence des charges sociales, à la garantie de ses créanciers personnels. Si bien que « l'article 85 du Code de commerce ne fait que déclarer expressément le concept déjà contenu dans l'article 1724 du Code civil, concept qui s'explique très bien sons qu'on soit contraint de considérer les sociétés comme des personnes juridiques... Tandis que l'article 85 du Code de commerce présuppose l'article 1724 du Code civil et se fonde nécessairement sur lui, il se propose aussi de l'expliquer et d'en mettre les conséquences mieux en lumière ». D'ailleurs, atténue *Manara,* quelle que soit l'explication qu'on donne de l'article 1724, c'est chose certaine que, pour les sociétés commerciales, la solution resterait identique : affectation au but social et privilège des créanciers sociaux, résultant, ici sans discussion, de l'article 85 du Code de commerce ; mais cette autonomie du patrimoine affirmée par le Code de commerce pour les sociétés de commerce, n'entraîne pas logiquement que la *comunione* des associés y ait fait place à la personne morale société (277).

Le contrat explique donc ces effets de la société commerciale où l'on prétendait découvrir le critérium de la personnalité morale ; et la co-propriété qui résulte inéluctablement de tout contrat de société est inconciliable avec l'apparition d'une personne morale. Ajoutez que dans les sociétés commerciales de personnes, les associés, ou certains d'entre eux, sont tenus des dettes sociales *in infinitum* sur leur patrimoine personnel, ce qui se concilie mal avec le concept de biens

(277) cf. *Manara : Delle societa di commercio irregolari...* cité, p. 42 ; et : *La pretesa imponibilita*, cité, p. 97 et sq.

sociaux rattachés à une personne distincte des membres (278) ; que les mèmes sociétés se dissolvent par la mort, l'interdiction, la faillite de l'associé responsable sans limites, parce que la *comunione* ressent nécessairement les conséquences de l'incapacité naturelle ou de l'état financier des personnes qui la constituent (279); que, d'une manière plus générale, enfin, les sociétés de commerce répugnent à l'idée de personnalité morale, parce qu'elles poursuivent un but égoïste — et c'est ce qu'a senti le législateur en évitant de les nommer « *corpi morali* » (280) —, et parce que le patrimoine est destiné à être partagé entre leurs membres, au lieu de faire retour à des œuvres analogues ou à l'Etat, comme le veulent les principes généraux sur la personnalité

(278) cf. *Manara, Delle societa di commercio irregolari*, cité, p. 58. — Mais, responsabilité subsidiaire (article 106), répondent les partisans de la personnalité ; et comme nul ne peut être à soi-même sa propre caution, il y a là une preuve supplémentaire de la personnalité d'une telle société. (cf. *Fadda et Bensa* sur *Windscheid*, op. cit., I, p. 809. — *Vivante*, op. cit., II, p. 14. — *Ferrara*, op. cit., p. 588-9.

(279) *Manara, Delle societa di commercio irregolari*, cité, p.59. — Mais on remarque que ces effets ne sont pas constants : les dispositions légales qui les établissent sont purement interprétatives. De plus, on invoque la définition unique de l'article 77 du Code de commerce : « Lesdites sociétés constituent des êtres collectifs...» pour reconnaître une nature identique à toutes les sociétés commerciales en droit positif ; cf. *Vivante*, op. cit., II, p. 17-8. — *Ferrara*, op. cit., p. 568.

(280) A ce sujet, les travaux préparatoires des deux Codes fournissent aussi des arguments à la thèse de *Manara* : le deuxième projet du Code civil plaçait les sociétés de commerce à coté des provinces et des institutions publiques comme *corpi morali* autorisés et revêtus de la personnalité juridique ; or, la disposition disparut, au cours de la discussion, sur la considération que les sociétés de commerce ne répondaient pas à la notion de *corpi morali*. — Sur les travaux préparatoires de l'article 77 du Code de commerce, cf. infra les notes 281 et 283.

(281). Enfin, les partisans de la personnalité morale sont contraints de mutiler l'article 77, 3e aliéna, pour le mettre en accord avec leur opinion : « Lesdites sociétés constituent par rapport aux tiers des êtres collectifs distincts des personnes des associés », porte le texte, et on lui fait dire : « constituent des personnes morales distinctes des personnes des associés ». Or, « pour notre législateur, une société commerciale de quelque espèce est vis-à-vis des tiers... un être collectif distinct des personnes des associés,... mais, par rapport aux tiers, comme le dit expressément l'article 77... Cette énonciation ne fait qu'accueillir définitivement et consacrer par un texte législatif les résultats de cette évolution... » historique, par laquelle «... les sociétés commerciales ont acquis progressivement, particulièrement dans leurs rapports avec les tiers, d'un côté l'autonomie patrimoniale, de l'autre, la compréhension de la pluralité des associés comme une unité. » Il y a sans doute des rapport entre associés, mais dans la société civile aussi, et cette dernière n'a pas la personnalité morale (282) : or, de même que le Code présuppose

(281) A ce point de vue précis de la dévolution des biens, le garde des sceaux *Vigliani* opposait, au Sénat, lors de la discussion du Code de commerce la personne morale à la société de commerce. (*Lavori preparatorii del codice di commercio*, vol. I, p. 580, cité par *Manara*, *Delle societa di commercio irregolari*, cité, p. 47). — Ces caractères d'intérêt public et de dévolution du patrimoine à l'Etat ne sont, on le sait, généralement plus requis des personnes morales par la doctrine récente : sur le premier point, cf. *Fadda et Bensa* sur *Windscheid*, op. cit., I, p. 807-8 ; *Vivante*, op. cit., II, p. 14-15 ; *Ferrara*, op. cit., p. 126, 451-4, 579-582 — sur le second : cf. *Vivante*, op. cit., II, p. 15-16 ; *Ferrara*, op. cit., p. 582-5.

(282) Contre la personnalité de la société civile : la doctrine presque unanime en Italie, et la jurisprudence. — L'admettent au contraire, *Luzzatto*, *La comproprieta nel diritto italiano*, 1908, — (la thèse de cet auteur, beaucoup plus hardie, vise même à reconnaître la personnalité à la simple *comunione*) — et *Carnelutti*, *Persona-*

pour la société commerciale la définition de la société donnée au Code civil, de même, il fait appel, tacitement ou souvent même expressément, aux dispositions du Code civil sur les rapports internes : « Puisque ce sont, presque exclusivement, les règles édictées par le Code civil sur les obligations des associés envers les tiers créanciers sociaux (articles 1726-8 Code civil = 1862-4 Code civil français), que le législateur commercial a voulu modifier pour les société commerciales, il était naturel qu'il s'occupât de ces rapports externes, et non des internes, qui, eux, ne subissent aucune modification substantielle. Et précisément, pour définir ces rapports entre les associés et les créanciers sociaux, le législateur a considéré, par rapport à ces derniers, la collectivité des associés comme un être unique. Quelle est donc l'efficacité de la déclaration du législateur au dernier alinéa de l'article 77 du Code de commerce ? En premier lieu, elle rend, sans plus, inapplicables aux sociétés commerciales les dispositions des articles 1726-8 du Code civil ; secondement, elle fournit la raison, dans la pensée du législateur, de l'autonomie dont jouit, par rapport aux tiers, le patrimoine mis par les associés en *comunione*, — autonomie que l'article 85 du Code de

lita giuridica e autonomia patrimoniale nella societa e nella comunione, dans *R. d. comm.*, 1913, I, p. 86 et sq. — Contre ces opinions isolés, voir respectivement les arguments de *Ferrara*, *Teoria delle persone giuridiche*, p. 501-506, et de *Bonelli*, *Personalita e comunione*, dans *Rivista di diritto commerciale*, 1913, I, p. 733 et sq. — Nous n'insisterons pas sur la question de la personnalité des sociétés civiles, dont la solution semblerait pourtant devoir influer sur l'association : en effet, c'est bien plutôt l'autonomie du patrimoine de la société civile qui a été soutenue en Italie (comme nous venons de le voir avec *Manara et Chironi* : et s'il apparaît, comme nous espérons le démontrer (cf. infra, n°s 24 et 25), que l'autonomie patrimoniale se doit refuser à la société civile, sa personnalité devient, a fortiori, inadmissible, puisque on ne peut concevoir une personne morale sans autonomie.

commerce reconnaît explicitement —, et elle dispense ainsi l'interprète de la loi de rechercher un autre fondement à cette autonomie ; enfin, elle rend indiscutable l'inopposabilité de la compensation entre créances et dettes de la société envers les tiers et respectivement dettes et créances des mêmes tiers envers les associés *ut singuli*... Pour mieux assurer cette autonomie, et supprimer, s'il était possible, toute éventualité de discussion à ce sujet, le législateur commercial veut que, par rapport aux tiers, on conçoive la collectivité des associés comme un être distinct des personnes des associés et le patrimoine commun comme patrimoine de cet être ; en sorte que, vis-à-vis de ceux qui contractent avec la société, n'apparaissent pas, — immédiatement, en première ligne —, les personnes des associés, ni tous ensemble, ni un à un, mais bien un être distinct de ces personnes : l'être société ; toutefois, en réalité, cet être n'est que la collectivité des associés, ce qu'a marqué le législateur en le dénommant *être collectif*. Donc, la société commerciale n'est pas une personne juridique ; en d'autres termes, elle n'est pas un sujet de droits différent des personnes physiques des associés » (283).

(283) *Manara*, *Delle societa di commercio irregolari*, cité, p. 42-7. — Les déclarations du rapporteur au Sénat sur la disposition de l'article 77, *Lampratico*, sont en parfaite harmonie avec la thèse de *Manara :* « Tant la société que la personne juridique figure devant les tiers dans son unité, mais c'est d'une manière différente : l'unité dont est revêtue la société n'est que formelle ; en fait, substantiellement, elle n'absorbe pas en elle les droits des membres. »(*Lavori preparatorii del Codice di commercio*, vol. I, p. I, p. 583).Le sénateur *Miraglia* demandait que l'unité collective fût reconnue vis-à-vis des associés eux-mêmes ; le même rapport leur repousse l'amendement : c'est l'impossible, répond-il, dès qu'on ne reconnaît pas une personne juridique, mais seulement un être collectif ; avec la personne morale, oui, l'associé deviendrait un tiers vis-à-vis d'elle, mais pas avec l'être collectif (*Lavori prepar.*, cités, p. 484-5) — cités par *Manara*, op. cit, p. 47-54). — Toutefois, plus qu'ailleurs, les travaux préparatoires doivent être utilisés

D'ailleurs, « l'expression *enti collettivi,* remarque *Navarrini* (284), traduit clairement cette pluralité des individus et des biens dont est constituée toute société », et les partisans de la personnalité civile le sentent bien, puisqu'ils éprouvent le besoin de taxer d'impropriété la formule du législateur. « Peu exacte est la formule de notre article 77, remarque, en effet, *Vivante* (285), parce que si la société est un être autonome, les éléments individuels qui la composent ne sont pas réunis (*ente collettivo*), mais se transforment en un être nouveau. »

Entre les deux points de vue, qui semblaient irréductibles, *Bonelli* a tenté une construction conciliatrice, dont on ne saurait contester l'élégance. Il accorde à *Manara* que la société commerciale est essentiellement une *comunione,* mais une *comunione* dotée de personnalité morale, une « *comunione personificata* ». La thèse semble paradoxale, car comment coexisteront la copropriété indivise des membres et la propriété de la société personne morale ? Mais, nous répond *Bonelli* avec toute une partie de la doctrine italienne (286), la *comunione* ne doit pas s'analyser en une division idéale

avec précaution, car il s'y reflète « une anarchie complète d'opinions » *Ferrara*, op. cit., p. 597). — *Manara*, op. cit. p. 42-7, insiste aussi sur la différence de rédaction de l'article 77 et de l'article 2 de la loi belge du 18 mai 1873 (précédant de quelques années le Code de commerce italien) : la société commerciale « constitue une individualité juridique distincte de celle des membres » : la restriction du législateur italien n'a pas été établie sans but.

(284) art. cit., dans *D. comm.*, 1901.

(285) dans *Trattato*, cité, I, 289 (la référence ne se rapporte ni à la traduction *Escarra*, ni à l'édition italienne correspondante), cité par *Navarrini*, op. cit.

(286) *Perozzi, Saggio critico della teoria della comproprieta*, dans *F.* 1890. — *Manente : Concetto della communio*, dans *F.* 1894. — *L. Coviello : La quota indivisa ed il divieto d'espropriazione forzata.*

du droit en quote-parts ; car l'indivision est exclusive de la propriété, laquelle emporte nécessairement, dans notre tradition romaine, sujétion absolue d'une chose à une volonté individuelle ; parler de copropriété, avec une pareille conception de la propriété, droit essentiellement exclusif, c'est donc, rigoureusement, se contredire dans les termes. Quand une chose est tombée en *comunione,* — par suite d'un contrat, ou autrement — la propriété n'en demeure aux soi-disant propriétaires indivis ni pour le tout, ni pour partie : la propriété de la chose est perdue pour eux ; le seul droit réel dont ils demeurent investis est de contenu purement négatifs : c'est le *jus prohibendi* envers les autres titulaires ; tous les autres droits des *comunisti,* droit actuel d'utilisation de la chose commune, expectative de réalisation du droit tendant à une fraction correspondante de l'objet ou de sa valeur, sont de nature purement personnelle ; l'ensemble de ces prérogatives peut se résumer en la « propriété de la quote-part », bien différente de la propriété d'une partie, divise ou indivise, de la chose elle-même. Tant que dure la *comunione,* cette propriété de la chose, « perdue » pour tous les *comunisti,* est en suspens ; car elle n'appartient à aucun d'eux séparément, même pour partie ; et elle ne peut donc appartenir à tous ensemble, parce que l'unité peut bien résulter de plusieurs fractions, non de plusieurs zéros (287). A la propriété polycéphale de la conception

(287) Cependant les copropriétaires, tous ensemble, peuvent disposer valablement de la chose commune, car si chaque quote-part représente une simple expectative, et si la propriété de la chose est en suspens, cet état provisoire tient seulement à la coexistence de plusieurs ayants-droit : il disparait dès que les « propriétés de quotes-parts » se réunissent sur une seule tête (cf. *Giovene,* op. cit, p. 91 et 92 commentant *Bonelli.* — Il n'en est pas moins vrai, nous semble-t-il avec *Carnelutti* (art. cit. dans *R. d. comm.*, 1913, I, p. 103-4) que le transfert de propriété n'a pu s'effectuer que si l'auteur du transfert était lui-même propriétaire — cf. aussi les critiques de *Ferrara,* op. cit., p. 459-462.

classique de la copropriété, *Bonelli* substitue ainsi une propriété acéphale ; et il ajoute, faisant sienne la remarque de *L. Coviello* (288) : « Etant donné le caractère rétroactif du partage, on ne peut sérieusement affirmer qu'existe chez nous le *condominium* classique : la copropriété représente un état de suspension de rapports destiné à disparaître sans laisser de traces dans l'histoire des changements de propriétaires. Puisque, après le partage, la figure intermédiaire des soi-disant copropriétaires disparaît sans laisser de trace, et que dans la chaîne des titulaires successifs le propriétaire exclusif d'après le partage se relie sans intermédiaire au propriétaire exclusif d'avant la *comunione*, le *condominium* est dans notre droit, pourrait-on dire, un phénomène, non un noumène ». En résumé, si on envisage les individus en *comunione* « à l'état statique », dans leur rapport avec la chose commune, ils apparaissent comme dépouillés de la propriété de la chose, et de toute partie de la chose, — « propriété perdue », et en suspens —, titulaires seulement chacun de la propriété d'une quote-part », laquelle représente un complexus de droits à caractère surtout personnel. Et il en est ainsi des cohéritiers avant le partage, comme des associés d'une société civile ou commerciale.

Si est exacte cette analyse des rapports du groupe en *comunione* avec sa dotation patrimoniale ; si le concept de *comunione* emporte nécessairement, dans les rapports entre chaque *comunista* et les choses communes, exclusion du concept de propriété, le fossé est comblé qu'on croyait séparer à jamais *comunione* et personnalité morale. En effet, si nous passons à la vie dynamique de la *comunione*, à ses rapports avec le monde

(288) *L. Coviello, La quota indivisa e la sua inespropriabilità*, p. 38.

extérieur (289), à sa configuration externe, rien ne s'oppose plus à ce que le législateur confère à telle ou telle *comunione* cette unité de groupement si utile qu'est la personnalité juridique ; et c'est précisément ce qu'il a fait pour les sociétés de commerce qui se conforment à ses prescriptions (290). On ne saurait objecter que la configuration interne de la société commerciale est inconciliable avec cette personnalité ; car plus de conflit entre la propriété des membres et la propriété de l'être juridique : les membres ont cédé la place, leur propriété sur les biens apportés a disparu par le fait même de la mise en *comunione*. Sans doute, contrairement aux membres d'une personne morale d'intérêt public, il leur reste le droit aux avantages présents et l'expectative, — « la propriété de la quote-part » — ; mais la structure interne des personnes morales peut être très diverse : la distance est plus grande, à ce point de vue, d'une corporation (291) à une fondation, que d'une corporation à une société de commerce, ces deux dernières du moins, l'une et l'autre à base d'un groupement humain. Dans la vie économique et sociale, la personnalité juridique de la société commerciale n'est qu'un expédient provisoire qui favorise le but égoïste des membres ; mais si l'autonomie

(289) Y compris les *comunisti* pour tout ce qui excède leur sphère patrimoniale commune.

(290) Car *Bonelli*, contrairement à *Vivante*, ne reconnaît la personnalité juridique qu'aux seules sociétés de commerce régulières. Pour *Vivante*, comme pour *Manara*, il n'y a nulle part, dans le Code, trace d'une distinction (cf. surtout, art. 77 et 85 Code commerce) : ce n'est pas à l'observation des formalités légales, mais au seul contrat qu'est attachée par la loi la personnalité morale pour le premier, et pour le second l'autonomie du patrimoine social (cf., par exemple, *Manara*, *Delle societa di commercio irregolari.*. cité, p. 66-70. et note sous Cass. Florence, 4 avril 1907, dans *R. d. comm.*, 1907, II, p. 505 et sq.

(291) c'est-à-dire, d'une association douée de personnalité morale.

du patrimoine collectif assume une bien plus haute signification quand le but est d'utilité publique, étranger aux intérêts des membres, les notes caractéristiques de l'autonomie patrimoniale dans la société commerciale n'en attestent pas moins qu'un sujet nouveau est né dans le monde juridique. Bref, « du point de vue des rapports avec le monde extérieur, la personne morale élimine la *comunione* et l'antithèse entre l'une et l'autre est indéniable ; la personne juridique cache la collectivité aux yeux des tiers, et, en ce sens, on peut dire que l'apparition de la personne juridique assigne sa fin à la *comunione* : sous cet aspect, aucune différence entre la société commerciale et toute autre espèce de personne juridique. Mais dans les rapports des associés avec le fonds commun, la personnalité juridique coexiste avec la *comunione* ; car l'élimination de la *comunione* par la survenance de la personne morale n'est pas ici une destruction réelle, la personne morale étant sous la dépendance des associés qui la font fonctionner à leur place et profit : ce sont toujours les associés qui conservent la propriété de la quote-part, — (non pas la propriété des choses communes, qui est perdue dans toute *comunione,* par le fait même de la mise en *comunione,* et qu'apparaisse ou non une personne morale) —, absolument comme si le groupement n'était pas personnifié ». (292). Ainsi se trouveraient respectées l'expression « *enti collettivi* », — par opposition à « *corpi morali* » — et la restriction « par rapport aux tiers » de l'article 77 du Code de commerce : la société de commerce, sans doute, poursuit un but égoïste ; ses membres, en l'état de *comunione,* gardent leur droit aux avantages des biens communs et leur expectative d'une valeur correspondant à une part de ces biens, la « propriété de la quote-part » ; mais cette persistance, du

(292) *Giovene,* op. cit., p. 87, résumant et commentant *Bonelli.*

seul point de vue statique, de la *comunione* et de ses effets ne fait pas obstacle à la personnalité morale qui s'accommode des structures internes les plus variées. Ainsi, également, se concilie l'existence de la *comunione* — effet constant de la société — avec l'existence de la personne morale : l'absence de titulaires du droit de propriété sur les choses mises en *comunione* permet d'en investir la personne morale dans tous les rapports du groupe avec le monde extérieur ; par ailleurs, « la *comunione* court sous toute la superficie de la société de commerce, comme fait une couche géologique à une couche supérieure : elle est, en somme, et demeure toujours le substratum de la société commerciale » (293).

Ce n'est pas ici le lieu d'insister longuement sur les intérêts que présente pour la réglementation des sociétés commerciales la solution de la controverse : presque tous les points essentiels sont d'ailleurs réglés par la loi positive, et c'est l'interprétation de ces effets, par ailleurs constants, qui reste discutée (294) ; et aussi

(293) Nous résumons ici *Bonelli*, art. cit., dans *R. d. comm.*, 1903, I, p. 285 et sq.

(294) Nous n'entendons pas dire, certes, que la controverse soit purement académique (cf. *Navarrini*, compte-rendu du *Trattato* de *Manara*, dans *Rivista di dir. commerc.* 1903, I, p. 248). — Ainsi, si la société est personne morale : les mêmes associés peuvent constituer entre eux plusieurs sociétés, même à responsabilité illimitée, pourvu qu'ils aient eu l'intention de constituer des êtres juridique distincts — application de la règle en fait de meubles possession vaut titre au profit de la société ,en ce qui concerne les biens apportés par un associé auteur d'un abus de confiance. — En particulier, intérêts fiscaux : les biens que la société attribue, pendant sa durée, à un associé, par exemple en cas d'exclusion ou de retrait de cet associé, changent de propriétaire pour le tout et sont donc sujets à un droit de mutation (cf. *Vivante*, op. cit., t. II, p. 29). Le changement de forme d'une société commerciale donne lieu à la dissolution de la personne juridique et à la naissance d'une nouvelle, entrainant taxe d'enregistrement de la so-

bien est-ce surtout dans le choix à faire entre les constructions diverses que réside pour notre étude l'intérêt de la question : bien moins favorisée que la société de commerce, en effet, l'association non reconnue n'est pas réglementée, sinon mentionnée par le législateur; on voit dès lors l'importance considérable que présente pour elle la thèse de *Manara* et du contrat générateur de l'autonomie patrimoniale : à défaut de personnalité morale, le contrat d'association va-t-il, du moins, doter le patrimoine commun de cette autonomie qui est l'effet le plus important de la personnalité ? C'est précisément ce que soutient *Chironi* (cf. supra, n° 21), et aussi *Manara* lui-même : « Est-ce que le contrat social — (dans la société commerciale) — ne suffit pas à constituer les associés en un groupe ou être collectif ; tout de même que suffit un contrat quelconque d'association licite pour constituer en groupe, en être collectif, les associés, pour donner en somme unité à l'association, même si l'association par hypothèse n'est pas érigée en corps moral ? » (295). Peut être excusera-t-on maintenant la longueur de notre digression à travers les sociétés commerciales.

N° 23. Or, l'on souscrira volontiers à l'affirmation de *Manara* que l'autonomie du patrimoine social de la société commerciale, nettement, explicitement définie par le Code de commerce (article 85), n'est pas un sûr

ciété nouvelle (cf. *Manara*, sous appel Gênes 17 mars 1916, dans *R. d. comm.*, 1916, II, p. 869 et sq) — en cas d'émission d'actions nouvelles au-dessus du pair, ce qui excède le pair, capital pour l'associé qui l'apporte, est un revenu de la société, donc assujetti à la taxe sur le revenu (cf. *Manara*, *La pretesa imponibilita del sopraprezzo...* cité, et : *La questione sulla imponibilita del sopraprezzo nella dottrina belga contemporanea*, dans *R. d. comm.*, 1913 p. 1023 et sq.

(295) *Manara*, *La pretesa imponibilita...* cité, p. 77-8

indice de la personnalité morale. Et sans doute avons-nous, en France, au moins autant qu'en Italie, justifié le reproche adressé par *Ferrara* à ces écrivains qu'on voit «... se réclamer de la figure de la personne juridique pour expliquer des phénomènes qui n'ont pas d'affinité avec elle, qui offrent tout au plus une lointaine analogie... », et «... prenant pour point de départ ces patrimoines à administration autonome, élargir la notion de personne juridique jusqu'à la faire coïncider avec celle de patrimoine autonome » (296). Chacun a présentes à l'esprit les remarques de *Saleilles* sur les transformations plus compliquées qu'heureuses opérées par le droit moderne sur le concept de la personnalité morale. D'abord, on l'a détaché artificiellement du concept de groupement ouvert, basé sur le changement des membres, dont il était jusque-là inséparable ; alors que l'ancien droit soumettait invariablement au régime personnifiant tout groupement ouvert, toute *corporation*, d'ailleurs autorisée, ne concevait pas la corporation sous un régime autre que celui de la personnalité morale, les auteurs du XIX[e] siècle ont distingué l'autorisation, condition du caractère licite du groupement, et la personnalité morale, objet distinct de concession, permettant au corps autorisé une activité et une existence indépendantes de celles de ses membres ; ils ont fait de ce régime personnifiant un avantage purement gratuit et exorbitant du droit com-

(296) *Ferrara*, *Patrimoni sotto amministrazione*, dans *R. d. comm.* 1912, I, p. 387 (En l'espèce, *Ferrara* reconnaît d'ailleurs la personnalité des sociétés commerciales ; cf. *Teoria delle persone giuridiche*, p. 530 à 609). — On s'étonne, toutefois, à bon droit, que *Ferrara*, qui distingue si nettement le patrimoine autonome de la personnalité morale, reproche à *Manara*, adversaire de la personnalité de la société de commerce, d'admettre cette personnalité dans la société civile (*Ferrara*, *Indole giuridica della societa civile*, dans *R. d. comm.*, 1909, I, p. 524) : *Manara* reconnaît, en effet, aux deux sociétés l'autonomie patrimoniale, mais dans toutes deux, le patrimoine autonome reste à ses yeux la copropriété des membres.

mun, accordé expressément par les pouvoirs publics (297). On rétrécissait ainsi et artificiellement, le domaine de la personnalité morale (298) ; mais, par ailleurs, on l'étendait, hors de son cadre traditionnel et sans plus de bonheur : la propriété collective dut se ranger nécessairement sous la discipline, soit de la copropriété par quotes-part indivises, soit de la personnalité morale ; et cette dernière embrassa bientôt les institions les plus diverses où le patrimoine commun se distinguait des patrimoines des membres et échappait à leurs créanciers personnels(299). «Dès qu'apparaît substantiellement l'autonomie du patrimoine..proclame *Bonelli,* nous devons, et en tous cas, saluer la présence d'une personne juridique » (300). En particulier, la copropriété en *gesammte Hand,* plus ou moins modifiée peut-être selon les régions et les institutions, qui avait joué un rôle si important dans notre ancien droit (cf. n° 20 supra), n'est plus, pour beaucoup d'auteurs, qu' «... une inutile complication dans la systématisation de

(297) cf. *Saleilles*, art. cit., dans *Annales de droit commercial*, 1895, p. 73, 76 et sq ; 1897, p. 44. — cf. aussi *de Vareilles-Sommières*, op. cit., n°s 394 et sq ; et, sur un des stades principaux de cette évolution à propos des congrégations religieuses et des lois françaises des 2 janvier 1817 et 24 mai 1825 : le même, op. cit, n°s 1229-1245.

(298) cf. ce que nous disons à ce sujet infra, n° 26.

(299) cf. *Saleilles*, art. cit., dans *Annales de droit commercial*, 1897, p. 44-5. — *Gény*, op. cit., p. 132 et sq.

(300) *Bonelli*, *La teoria della persona giuridica*, dans *Rivista di diritto civile*, 1910, p. 657. — cf. aussi le même, *I concetti di comunione...*, dans *R. d. comm.*, 1903, I, p. 318. — Aussi, dès qu'un propriétaire se voit enlever l'administration de ses biens ou d'un d'entre eux, *Bonelli* parle de personne juridique : ainsi non seulement de la masse des biens du failli (*Fallimento*, I, p. 389 et sq.), mais même des biens saisis, où apparaîtrait la personne morale « liquidation »(*La personnalita giuridica dei beni in liquidazione giudiziale, dans R.I.*, 1889. — cf. la critique de *Ferrara*, op. cit., p. 685-693.

la théorie des sujets de droits » (301). Or cette répudiation d'un patrimoine autonome appartenant en copropriété aux membres de la collectivité, si elle simplifie, en effet, le système des sujets de droits, simplifie peut-être aussi, et à l'excès, la réalité des choses : ce n'était pas sans raison que l'ancien droit distinguait finement entre ces groupements formés *intuitu personæ,* dépendant de l'existence et de la capacité de leurs membres, et où l'autonomie du patrimoine commun se marie à la copropriété des associés, et ces groupements ouverts, ces collectivités anonymes, basées sur cette « substitution des membres », qui seule, nous dit déjà *Guy Coquille,* entraîne l'apparition d'un sujet de droits distinct, la personne morale (302) ; en effet, «... c'est à cette condition seulement que l'association — (*lato sensu*) — se détache des éléments qui la constituent, et apparaît comme le sujet de droits indispensable à la protection de l'intérêt commun ; quand, au contraire, l'association est faite *intuitu personæ,* c'est-à-dire quand elle est exclusivement formée de personnes qui se sont choisies, et qu'elle doit disparaître à leur mort, elle ne constitue plus un être distinct, elle ne représente rien autre que l'intérêt même de chacun des associés qui ont mis en commun leur activité, leurs capitaux » (303). L'ancien droit avait compris d'instinct combien l'application de la personnalité à la société commerciale

(301) *Bonelli*, art. cit., dans *R. d. comm.*, 1903, I, p. 303, cité et approuvé par *Giovene*, op. cit., p. 50.

(302) *Guy Coquille*, sur l'art. 22 de la coutume de Nivernais, cité par *Meynial*, note au *Sirey*, 1892, I, p. 498.

(303) *Capitant*, op. cit., p. 182. — cf. aussi *Saleilles*, op. cit. dans *Annales de droit commercial*, 1897, p. 41-3. — Adde : *de Vareilles-Sommières*, op. cit., n°° 50 et 847, sur l'inélégance de l'application de la personnalité aux groupements à responsabilité illimitée subsidiaire des membres (qu'on explique, à vrai dire, par la figure du cautionnement) : cf. supra, notes 241 et 278.

en nom collectif ou en commandite simple (304) était disproportionnée à l'objet et combien était infidèle une telle traduction juridique de la réalité sociale ; pourquoi l'autonomie du patrimoine de ces sociétés, dans le droit actuel plus que dans l'ancien, serait-elle rattachée à la construction inadéquate de la personnalité morale ? Il faut bien avouer, d'ailleurs, que telle n'est pas précisément la position adoptée par *Manara* : ce ne sont pas les seules sociétés commerciales de personnes qu'il entend soustraire à l'invasion de la personnalité morale ; pour lui, c'est dans toutes les sociétés de commerce indistinctement que le contrat engendre l'autonomie du patrimoine et sans qu'apparaisse un vrai sujet de droits distinct des associés ; et dans cette communauté de traitement des sociétés commerciales, il se rencontre avec la doctrine italienne presque unanime, qui se croit liée à cet égard par la formule unique de l'article 77, alinéa 3, du Code de commerce : « Les dites sociétés — (sans distinction) — constituent par rapport aux tiers des êtres collectifs distincts des personnes des associés » (305). Nous n'insisterons pas sur ce point qui n'intéresse que les sociétés commerciales (306) ; il fallait seulement rappeler que la personnalité

(304) Que ce contrat de société commerciale fonde, ou non, une copropriété en *gesammte Hand* proprement dite ; les auteurs italiens relèvent en effet le caractère national de leur construction, dans l'ancien droit, des sociétés commerciales (cf supra note 249). Aussi bien la *gesammte Hand* est-elle une institution européenne, et comme le remarque *Saleilles* (art. cit., dans *Annales de droit commercial*, 1897, p. 45), s'en réclamer, c'est invoquer la « grande tradition coutumière ».

(305) cf. *Vivante*, op. cit., II, p. 17 et 18. — *Fadda et Bensa* sur *Windscheid*, op. cit., I, p. 805. — *Ferrara*, op. cit., p. 567-8.

(306) La tradition semble bien établie en faveur de la personnalité morale de la société anonyme, comme le notent *Fadda et Bensa* (sur *Windscheid*, op. cit., I, p. 806) ; (cf. aussi n° 22 supra). Au contraire, la nature des sociétés de personnes répugne, remarque *Ferrara*, en raison, à la personnalité (op. cit., p. 586-9), mais toute distinction lui paraît inadmissible en droit positif. — En Italie,

morale n'a pas été conçue dans l'ancien droit comme la seule justification possible d'un patrimoine autonome. Mais il est, au contraire, un côté de l'argumentation de Oanara qu'il est nécessaire d'envisager directement, pour hâter la solution du problème à l'égard de l'association : nous voulons parler de son interprétation de l'article 1724 du Code civil et de la prétendue autonomie que ce texte reconnaîtrait au patrimoine de la société civile.

N° 24. Que la loi attribue au contrat de société commerciale la vertu de détacher le patrimoine commun, copropriété des associés, de leurs biens personnels, de le soustraire à la disposition individuelle des membres et au gage de leurs créanciers personnels, on peut le soutenir (307), et surtout en ce qui concerne les sociétés de personnes. Mais que cette même efficacité soit reconnue par le législateur, en article 1724 du Code civil, au contrat de société civile, comme le pensent *Manara* et *Chironi,* telle n'est pas la conclusion que suggère un

Quarta a seul soutenu la distinction entre sociétés de personnes et de capitaux que nous préconisons au texte. (*L'interrogatorio ed il giuramento nei rapporti delle persone giuridiche*, 1900). Et c'est en ce sens aussi que conclut *Hémard*, *Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait*, p. 735 : « Le principe et l'étendue de l'autonomie patrimoniale des diverses sociétés ne sont pas renfermés dans l'alinéa 3 de l'article 77 du Code de commerce, ils dépendent de la nature même de ces sociétés ». Au surplus, l'expression « *enti collettivi* » n'est-elle pas assez lâche pour englober les groupes unifiés, à patrimoine autonome, les plus divers ? tout « *ente collettivo* » ne constituerait pas nécessairement une personne morale, mais une personne morale pourrait s'accommoder de l'expression : la personne morale — à base de groupement humain — serait une espèce particulière au sein du genre « *ente collettivo* ».

(307) Sans avoir la prétention de prendre parti sur la question, nous admettons donc par hypothèse l'explication que donne *Manara* de la réglementation légale des sociétés commerciales : nous acceptons ainsi de discuter l'autonomie patrimoniale de l'association sur le terrain le plus favorable à nos adversaires.

attentif examen de cet article (= 1860 du Code civil français) : « L'associé qui n'est point administrateur, ne peut ni aliéner ni engager les choses, même mobilières, qui dépendent de la société ». Le premier, *Thiry* (308), vit dans ce texte l'abandon par le Code des principes de la *societas* romaine, pur lien personnel entre associés et sans existence vis-à-vis des tiers : le législateur français proclamerait la règle nouvelle de l'inaptitude d'un associé à disposer de sa quote-part. Déjà, en droit romain et dans l'ancien droit, l'associé ne pouvait disposer que de sa part dans les objets sociaux, pour l'excellente raison qu'il n'est propriétaire que de cette part seule : « *Nemo ex sociis plus parte sua alienare potest* », dit la loi 68 au Digeste, livre XVII, titre II *Pro socio* ; et *Pothier* (309) le répète : « Un associé ne peut aliéner ni engager les choses qui dépendent de la société, si ce n'est pour la part qu'il y a ». L'article 1860 reproduit la solution de *Pothier,* mais en supprimant le dernier membre de phrase ; substituant ainsi à l'aphorisme: on ne peut disposer que de ce dont on est propriétaire, le principe nouveau de l'indisponibilité des biens sociaux. Le contrat de société qui lie les membres invaliderait, désormais, les actes de disposition que consentirait l'un d'eux au mépris du contrat ; et comme la société serait entravée aussi gravement dans son activité par les poursuites des créanciers personnels des membres que par les actes de disposition même des associés, la loi frapperait d'inefficacité à l'égard du patrimoine commun les actes de disposition des associés sur leur quote-part, tant indirects (dettes personnelles), que directs (aliénations) ; ce faisant, le

(308) *De rapports existant dans les sociétés civiles entre les associés et les tiers*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1855, p. 289 et sq.

(309) *De la société*, n° 89.

législateur dérogeait aux principes généraux des obligations, — lesquelles restent en principe sans effet à l'égard des tiers —, puisqu'il imposait le respect du contrat social aux étrangers et aux créanciers des contractants (310), absolument comme il y déroge en imposant à l'acquéreur d'un bien loué le respect du bail intervenu entre son auteur et le preneur (article 1743 du Code civil).

La thèse est reprise par beaucoup d'auteurs en France. Mais au lieu d'expliquer l'affectation au but social par une extension légale aux tiers des effets du contrat de société, par dérogation aux règles des obligations, on préfère soutenir que le contrat de société ne produit pas seulement des obligations entre les parties, mais aussi un effet réel, frappant les biens communs dans leur situation même et leur dépendance à l'égard des titulaires : le bien social est grevé d'une servitude d'indivision, dit *Boistel* (311); du droit de copropriété établi *ad tempus,* pour *Mongin* (312) ; d'une charge réelle, d'après *Thaller* (313), et *Manara* parle avec ce dernier d' « *onere reale* » (314). *Vandernotte* (315), — à qui *Manara* et *Chironi* ren-

(310) Comment les créanciers sont à ce point de vue des tiers, et comment on ne peut, pour soustraire les biens sociaux à leur gage, leur attribuer la qualité d'ayants-cause à titre universel, tenus de respecter l'engagement pris par leur auteur d'affecter sa part des biens sociaux au but social, cf. la démonstration de *Ferrara*, infra, même n°.

(311) *Précis de droit commercial*, p. 158.

(312) *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1890, p. 697 et sq.

(313) op. cit., p. 175.

(314) *Trattato* cité, II, 1, p. 186 et sq.

(315) *Droits des créanciers d'une société sur les biens sociaux*, dans *Annales de Droit commercial*, 1898, p. 437-455 ; en particulier, p. 450 et sq.

voient volontiers (316) —, expose d'une manière plus explicite la nature de ce droit réel, en partant de la conception de *Mongin* de « droit réel de copropriété établi *ad tempus* ». Si le législateur n'avait pas réglementé la copropriété, « les copropriétaires auraient à eux tous usé et joui des choses communes comme un propriétaire ordinaire » : rigoureusement, donc, il aurait fallu le consentement de tous pour procéder au partage ; « le partage est, en effet, un acte de disposition, il opère l'échange de droits indivis contre des droits exclusifs, d'un droit de copropriété contre un droit de propriété »; en conséquence, l'indivision, à défaut d'intervention législative, devrait durer à perpétuité, sauf accord unanime des copropriétaires pour la faire cesser. Mais la loi, pénétrée des inconvénients économiques d'un tel état de choses, dispose que nul n'est tenu de rester dans l'indivision ; par là, « la loi organise les effets que produit un droit réel : le droit de copropriété produit les effets de la propriété ordinaire, autant qu'ils sont compatibles avec le nombre des titulaires du droit, et de plus, la loi donne à chacun de ces titulaires le droit de provoquer le partage... En résumé, aux effets normaux qu'aurait produits la copropriété d'après le concept du droit réel si l'on s'en était tenu au simple raisonnement, la loi substituait des effets nouveaux, légaux. » Mais si, dans certains cas, le maintien de l'indivision pour une certaine période apparaît avantageux, et si les parties le désirent, la loi «... permet aux copropriétaires d'établir le régime naturel de l'indivision, pour une période qui ne dépasse pas cinq ans s'il s'agit d'une indivision quelconque ; pour une durée indéterminée, s'il s'agit d'une indivision résultant d'un contrat de société (art. 815, 1844, 1863, 1865). Pen-

(316) cf. *Manara*, *Delle societa di commercio irregolari*, cité ; *Chironi*, art. cit., dans *L.* 1901, p. 176 et sq.

dant la période stipulée, la copropriété produit les effets... » qu'elle aurait toujours et en tous cas produits sans l'intervention de la loi dans le régime naturel de la copropriété : « aucun des copropriétaires ne peut à ce titre disposer des biens communs en vertu de sa seule volonté ; il ne peut provoquer le partage, enlever à ses consorts leurs droits indivis pour leur donner d'autres valeurs en échange ; jusqu'à l'expiration du délai convenu, le partage n'est possible que du consentement de tous les propriétaires indivis... Le consentement de demeurer dans l'indivision établissant un droit réel d'une façon stable pour une certaine période, permet à chaque copropriétaire d'invoquer ce droit réel contre tous ceux qui voudraient provoquer le partage : copropriétaires, créanciers personnels de l'un d'eux, acquéreurs d'une part indivise... »

Toutes les explications de ce genre qu'on a voulu donner de la disposition de l'article 1860 procèdent d'une lecture critiquable de cette disposition même : son analyse exégétique, son contexte, et l'ensemble même des dispositions de la loi sur la société civile répugnent, nous dit *Ferrara,* à ce que l'article 1860 (=1724 Code italien) proclame cette affectation au but social des biens communs. D'abord, on ne le peut traduire ainsi que si on l'isole arbitrairement de la série de dispositions avec lesquelles il fait corps. L'art. 1720 (=1856 Code civil français) précise les pouvoirs de l'associé expressément chargé d'administrer et les conditions de sa révocation; les art. 1721 et 1722 (=1857-8 Code civil français), règlent l'exercice de l'administration au cas d'administrateurs multiples ; l'article 1723 (=1859 Code civil français), prévoyant l'hypothèse où aucun associé n'a été chargé d'administrer, dispose que chacun des associés est alors censé mandataire de tous les autres pour l'administration, et pose des limites à

ces pouvoirs. C'est alors qu'intervient l'article 1724 (=1860 Code civil français) : « L'associé, qui n'est point administrateur, ne peut aliéner, ni engager les choses, même mobilières, qui dépendent de la société ». « La signification de cette règle est bien claire : dans les cas où un des associés a été chargé de l'administration, les autres associés ne peuvent s'immiscer dans les affaires sociales, et aliéner ou obliger les biens de la société ». La loi a voulu par là éviter l'anarchie dans la gestion de la société, et sa formule n'a pas d'autre portée que celle de l'article 710 du Code civil allemand : « Si la gestion des affaires sociales est attribuée par le contrat à un ou plusieurs associés, les autres sont exclus de l'administration » (317).

Et cette règle de pure administration, faisant suite à d'autres règles du même genre, et comme elles placée sous la rubrique « Des engagement des associés entre eux », ne concerne en rien les actes de disposition que ferait un associé de sa quote-part, pas plus que les droits de ses créanciers personnels. Pour le soutenir, il faut négliger l'incidente « qui n'est point administrateur », où se révèle la portée exacte de la disposition : « la loi ne défend pas abstraitement à l'associé de disposer de sa part dans les biens sociaux, en imposant à ceux-ci un lien d'inaliénabilité, mais sa prescription est adressée à l'associé non administrateur, et pour les effets de l'administration » (318). On comprend dès lors le grief d'amputation de la loi adressé par *Ferrara* (319) à la prétention émise par *Manara* de faire abstraction de la qualité d'administrateur que l'associé peut revêtir. Mais, s'exclame *Manara* (320), « nous faisons abstraction de la qualité d'administrateur que peut re-

(317) *Ferrara*, op. cit., p. 514.
(318) *Ferrara*, op. cit., p. 516.
(319) *Ferrara*, op. cit., p. 517.
(320) *Manara*, *La pretesa imponibilita...* cité, p. 95.

vêtir l'associé, parce que la loi elle-même nous commande d'en faire abstraction » : sans doute, la loi s'adresse exclusivement à l'associé non administrateur, mais il s'en suit aussi qu'elle pose exclusivement une règle d'administration et d'organisation interne de la société ; son corollaire nécessaire, c'est qu' « à défaut de pactes spéciaux sur l'administration, et si, partant, tout associé est administrateur de droit, chacun peut aliéner ou obliger les choses qui dépendent de la société » (318). Autrement dit, il s'agit, dans l'article 1724, de l'aliénation et de l'engagement des choses sociales dans le but social, non d'aliénation de sa quote-part par un membre, ou d'obligation de sa quote-part pour dettes personnelles, comme l'entend *Manara* : « ou nous estimons, dit *Navarrini* (321), que le mot « engager » a la signification que lui attribue *Manara* : engager pour dettes propres ; et, en conséquence, on doit admettre que l'administrateur peut obliger la société pour dettes à lui propres — ce qui est insoutenable — ; ou bien qu'il équivaut à : engager, en général, pour les affaires sociales ; et alors, inexorablement, on doit donner au terme la même signification en le rapportant aux associés non administrateurs, c'est-à-dire reconnaître que l'article 1724 défend aux associés non administrateurs d'aliéner et d'engager les choses de la société et de s'immiscer par cette voie dans l'administration dont ils sont exclus. Nonobstant leur droit de copropriété, ils doivent s'abstenir de faire ces actes, dont la convenance doit être appréciée par ceux à qui est confiée l'administration. »

Par ailleurs, pour découvrir dans l'article 1724 cette indisponibilité des biens sociaux, on ne subtilise pas seulement le membre de phrase : « qui n'est point administrateur » ; on transforme aussi « les choses

(321) compte-rendu cité, dans *R. d. comm.*, 1903, I, p. 250-1.

même mobilières qui dépendent de la société » en « le droit de quote-part de chaque associé sur les choses de la société ». L'article 1724 reproduit la loi 68 du titre *Pro socio* et le texte de *Pothier,* mais en supprimant : « si ce n'est pour la part qu'il y a » : cette suppression, nous dit *Thiry* (322), révèle un changement dans les pouvoirs de l'associé ; auparavant, il ne pouvait disposer que de sa part ; désormais, cette part même lui échappe ; d'ailleurs, à quoi bon insérer dans un article de loi la défense pour l'associé de disposer de la part des autres : ne serait-ce pas là une puérilité ? Mais, répond Ferrara « ces auteurs ne s'aperçoivent pas que le raisonnement peut se rétorquer : puisque le sens qu'on attribuerait à cet article est puéril, cela veut dire que l'interprétation est erronée, et il n'est pas besoin, pour sauver cette interprétation, d'ajouter au texte ce qui ne s'y trouve pas » (323) ; et, en effet, si le contexte (cf. supra) révèle nettement que le texte de *Pothier* a été détourné par le législateur moderne de sa signification originaire, le texte même, — il n'est que de le lire —, ne parle plus que des biens sociaux, non des droits de quote-part sur ces biens (324) : l'associé non administrateur ne doit pas se mêler d'aliéner et d'engager les choses communes, voilà ce que dit l'article ; il ne prend pas position sur l'efficacité de la disposition par un associé de sa quote-part, hypothèse qui reste étrangère à sa préoccupation. On sera, enfin, confirmé dans cette conviction si l'on observe qu'aux articles 1726 et suivants (= 1862-4 Code civil français)

(322) art. cit.,. — cf. *de Vareilles-Sommières*, op. cit., n°° 525-541 : pour cet auteur, l'indisponibilité, qui serait exprimée par l'article 1860 du Code civil, existait toutefois dès avant le Code.

(323) *Ferrara*, op. cit., p. 518.

(324) *Ferrara*, op. cit., p. 514-5.

la loi, réglant les rapports avec les tiers, ne reconnaît à la société aucune efficacité externe. (325)

En résulte-t-il que l'associé a le droit de disposer de sa quote-part ? En aucune façon : mais ce n'est pas l'article 1724 qui le lui défend ; c'est le principe général de l'article 1124 (326), qui veut que les contrats soient « exécutés de bonne foi ». L'associé peut gravement compromettre la marche des affaires sociales en cédant sa quote-part dans la société ou dans un bien social, il contrevient ainsi au contrat de société. Seulement, un acte de disposition accompli par un propriétaire au mépris d'une obligation, n'en est pas moins parfaitement valable (327) ; il ouvre une action en dommages-intérêts au profit du créancier de l'obligation méconnue, mais cette sanction, comme l'obligation même, est affaire personnelle aux sujets de l'obli-

(325) Les auteurs français admettent, on le sait, en majorité, l'indisponibilité de la quote-part de l'associé : soit qu'ils se réfèrent à la prétendue charge réelle engendrée par le contrat de société ; soit qu'ils invoquent à l'égard des créanciers personnels la qualité d'ayants-cause à titre universel ; soit, plus simplemnt encore, qu'ils accueillent la personnalité de la société civile. — Quelques-uns, cependant, donnent une troisième version de l'art. 1860: les articles précédents prévoient l'hypothèse de nomination expresse d'un associé comme administrateur, et l'hypothèse inverse, où, d'après la loi, tous les associés sont censés s'être donné respectivement mandat d'administrer ; mais, dans ce dernier cas, les pouvoirs d'administration de l'associé n'iraient pas, aux termes de l'art. 1860, jusqu'à l'aliénation (cf. *Baudry Lacantinerie et Wahl*, *De la société*, 3e *édit.*, 1907, nos 327, 331, et les auteurs par eux cités). Cette interprétation se rencontre, du moins, avec celle soutenue au texte, en ce qu'elle ne voit dans notre article qu'une règle de pure administration interne, et laisse la validité de l'aliénation de la quote-part sous l'empire de ces principes généraux de l'indivision, que nous allons immédiatement rappeler au texte.

(326) Il reproduit notre article 1135, mais fait précéder son texte de cette formule : « doivent être exécutés de bonne foi ».

(327) Et c'est ce qu'on méconnait généralement : cf. *Planiol*, op. cit., II, p. 632, note 1.

gation, elle n'intéresse pas l'efficacité de l'aliénation, ni l'acquéreur. En l'espèce, ce dernier, acquéreur de la quote-part d'un associé dans les biens sociaux, est substitué à cet associé comme copropriétaire ; avec cette différence, que les obligations de son auteur étant purement personnelles à celui-ci, l'acquéreur, ayant-cause à titre particulier, est propriétaire pur et simple, non pas engagé par contrat comme son auteur à demeurer dans l'indivision jusqu'à l'expiration du temps fixé (328). En un mot, tandis que sous le régime de *gesammte Hand* l'associé ne « peut » pas disposer de sa quote-part, dans la *societas* romaine l'associé ne « doit » pas disposer (329).

L'associé est donc obligé de respecter l'affectation des biens sociaux ; cette obligation, toutefois, ne saurait être invoquée qu'à son endroit. Ses créanciers personnels ont un droit de gage général sur ses biens, y compris son droit indivis de copropriété dans les biens sociaux. Sans doute l'article 2077 du Code civil, — (comparez l'article 2205 du Code civil français, qui ne vise que les cohéritiers, mais auquel on attribue une portée générale) —, défend à qui n'est pas créancier de tous les copropriétaires d'un immeuble de saisir cet immeuble, et cette disposition s'explique par la préoccupation du législateur d'éviter la mévente que ne manquerait pas de causer l'indivision ; mais le bien indivis n'en est pas moins, pour une part, propriété de l'associé débiteur, et fait partie à ce titre du gage de ses créanciers. L'indivision est un obstacle à l'exercice de ce gage, mais que les créanciers lèvent cet obstacle, qu'ils fassent cesser l'indivision en réclamant le partage. On objecte que le créancier est un ayant-cause à titre universel, et, comme tel, subissant le contre-coup

(328) cf. *Ferrara*, op cit., p. 518-521.

(329) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 521.

des obligations de son auteur, dont il a tous les droits, mais pas davantage, inhabile aussi bien que l'associé lui-même à demander le partage, au mépris du contrat de société. Erreur, répond *Ferrara* ; et ce qui engendre cette erreur, c'est qu'on présente l'obligation personnelle de l'associé comme un manque de droit : « L'associé est tenu, certes, à ne pas distraire ces biens de leur destination..., mais cette obligation ne pèse pas sur ses créanciers, puisque le contrat social ne peut lier que les contractants, non les tiers : et tiers sont bien les créanciers, qui ne tirent pas leur droit à satisfaction d'une concession de leur débiteur, mais ont un droit propre, en vertu de la loi... Les créanciers ne s'inquiètent pas du rapport social, qui ne les lie pas, qu'ils ne sont pas tenus de respecter, qu'ils ignorent peut-être : ils frappent les biens de leur débiteur ; si ces biens sont la propriété personnelle de l'associé, (au cas d'apport en jouissance), ils les frappent pour le tout ; si ces biens sont en copropriété des associés, ils se trouvent en face d'un débiteur propriétaire indivis, et peuvent provoquer le partage pour réaliser la quote-part, objet de leur exécution. Aux réclamations des autres associés, le créancier pourra répliquer : je ne vous connais pas; mon débiteur, dites-vous, avait mis cette chose en société, il avait contracté l'obligation de l'affecter au but social, mais ces obligations lui sont personnelles, à moi étrangères (330). Et de même pourra répondre

(330) — Sans doute, dirons-nous, les créanciers ne peuvent avoir plus de droits que leur débiteur ; sans doute, aussi, ils subissent les conséquences des actes de ce dernier : si bien que les biens dont il consent l'aliénation échappent à leur gage, que les droits réels établis par le débiteur leur sont opposables, et que les engagements personnels eux-mêmes qu'il contracte augmentent le nombre des créanciers et diminuent le dividende de chacun. Mais là s'arrête la représentation du créancier par le débiteur : les engagements personnels de ce dernier, si le créancier en souffre — nous

l'acquéreur d'une quote-part, aliénée par l'associé en violation du contrat social. Et ainsi s'évanouit la prétendue autonomie du patrimoine. L'affectation au but social est purement obligatoire, donc précaire, sans efficacité externe. » Et si l'on se récrie alors que la société ne peut fonctionner, «.. tel est pourtant le type romain de la société que notre législateur a accueilli : un rapport obligatoire entre plusieurs personnes, fondé sur la confiance mutuelle, sur un sentiment de fraternité ; qui dure aussi longtemps que les contractants sont fidèles à leur engagement et que ne surgissent pas des éventualités imprévues. C'est précisément à raison de cette insécurité que la société civile est abandonnée dans la pratique, et son salut ne peut lui venir d'une théorie, qui, pour animer, la dénature » (331)

N° 25. Si l'on ne peut reconnaître dans l'article 1724 du Code civil la proclamation de l'autonomie du patrimoine de la société civile, la thèse de *Manara* sur les société commerciales apparaît moins harmonieuse. Nous avons vu en effet (cf. supra n° 22) que, pour l'éminent commercialiste, l'article 1724 du Code civil et l'article 65 du Code de commerce n'étaient que deux manifestations parallèles d'une même règle : la séparation du patrimoine social d'avec les biens personnels des membres en vertu du contrat de société même : l'article 85 du Code de commerce, en énonçant explicitement l'affectation des biens sociaux aux créanciers sociaux, ne ferait qu'appliquer et développer le principe déjà reconnu par l'article 1724 du Code civil. Tou-

venons de le voir — il n'en est pas cependant tenu lui-même, comme le sont le débiteur et ses ayants-cause à titre universel : les biens que le débiteur a grevés d'une affectation purement obligatoire, non réelle, demeurent le gage de tous ses créanciers.

(331) *Ferrara*, op. cit., p. 524-5.

tefois, si la position de *Manara* dans la question des sociétés commerciales se montre désormais moins solide, elle n'est pas pour cela, croyons-nous, compromise. *Manara* lui-même prenait soin d'observer que si l'être collectif dans la société commerciale naît du *vinculum juris* qu'est le contrat de société, cela n'est vrai «.. bien entendu, qu'étant donnée la discipline accordée par la loi elle-même à ce contrat » (332) ; et plus loin : « Les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties ; ils ne préjudicient ni ne profitent aux tiers, hors les cas réservés par la loi... Mais, précisément, parmi ces cas établis par la loi..., il faut noter en première ligne le contrat de société civile ou commerciale, qui entraîne, grâce à la discipline qu'il a reçue de la loi, l'affectation au but commun du fonds social » (333). « Grâce à la discipline qu'il a reçue de la loi » : le contrat de société ne produit donc pas de plein droit, nécessairement, l'autonomie du patrimoine social ; la loi positive peut bien intervenir expressément pour lui donner cette efficacité : elle ne l'a pas fait, avons-nous vu, pour la société civile ; mais cela n'empêche pas, puisqu'elle affirme au contraire cette autonomie pour la société commerciale dans l'article 85 du Code de commerce, d'attribuer avec *Manara* cette autonomie au « contrat de société, grâce à la discipline qu'il a reçue de la loi ». « Même si mon interprétation de l'article 1724 du Code civil est erronée, dit quelque part *Manara* (334), il ne s'en suit pas que l'autonomie, proclamée expressément au Code de commerce pour la société commerciale, exclue la copropriété des associés, et ne puisse s'expliquer que par la

(332) *Manara*, note sous Cassation Florence, 4 avril 1907, dans *R. d. comm.*,1907, II, p. 512.

(333) *Manara*, op. cit. note 332, p. 520.

(334) cf. *Manara*, *Lo pretesa imponibilita..*, cité, p. 96 et sq. (cf. supra n° 22).

personnalité morale » Parfait ! le contrat de société, en principe, n'a d'effet qu'entre les parties ; la loi peut lui attribuer des effets *erga omnes,* et telle est peut-être l'explication de l'autonomie patrimoniale reconnue par le Code à la société commerciale (331).

Au contraire, aucune disposition de loi ne permet de parler d'autonomie dans la société civile ou l'association non reconnue; et puisque le contrat de société, en principe, et sauf intervention positive du législateur, n'est qu'un tissu d'obligations inopposables à tout autre

(335) *Bolaffio* observe au contraire que « dans l'ordre de ses idées, *Manara* est rigoureusement logique : car on ne peut soutenir que dans la société commerciale la séparation du patrimoine social d'avec les patrimoines individuels des associés, et avec toutes les conséquences de cette séparation, se réalise par la seule existence d'un contrat de société valable..., sans admettre également que dans la société civile se produit cette même séparation : la simple différence d'objet de l'activité sociale ne peut produire dans la société commerciale un résultat différent si notable » (art. cit., p. 15 de l'extrait). Certes, et nous l'avons remarqué, acceptée dans son intégrité, la thèse de *Manara* est bien plus harmonieuse; mais si on la restreint aux sociétés commerciales, ce n'est pas, comme dit *Bolaffio*, la nature de l'objet de l'activité sociale qui créerait cette autonomie, mais bien l'intervention formelle du législateur dans les effets du contrat ; intervention motivée d'ailleurs par le besoin particulier d'autonomie de la société commerciale. — Par contre, la distinction faite au texte nous paraît s'accorder fort bien avec ce que dit *Navarrini,* compte-rendu cité dans *R. d. comm.*, 1903, I, p. 248 et sq.) : pour lui, l'autonomie du patrimoine social dans la société commerciale n'implique pas une personne jruidique, mais elle n'est pas non plus la conséquence nécessaire du contrat de société ; à cet effet est nécessaire l'intervention de la loi, et cette intervention n'existe pas pour le contrat de société civile, mais pour le contrat de société commerciale seulement ; et encore, d'après *Navarrini,* à condition d'observer les formalités requises par la loi, contre-partie de cette autonomie qu'elle accorde. (*Navarrini* se rencontre donc avec *Bonelli* pour attribuer l'autonomie du patrimoine. — *Bonelli* dit : la personnalité morale — à la constitution régulière de la société ; contrairement à *Vivante* et *Manara*, pour qui le contrat même de société crée la personne juridique ou l'autonomie patrimoniale).

qu'aux parties, la théorie de *Chironi* en faveur du patrimoine autonome de l'association (cf. supra n° 21), qui s'appuyait sur la vertu du contrat même et l'analogie avec les articles 83 du Code de commerce et 1724 du Code civil, privée de ce fondement, apparaît aventurée. Aussi bien, si dans l'ancien droit la coutume avait ainsi réglé le contrat de société commerciale de personnes, et si cette explication de l'autonomie reconnue par le Code de Commerce est encore actuellement plausible, nulle part on ne voit que la coutume ait attaché cette efficacité au contrat de société civile — ou d'association fermée — qui obéissait au concept pur de la *societas* romaine. Et il ne saurait être question d'invoquer en ce sens la coutume pour l'association ouverte, puisque c'était exclusivement sous la forme de la personnalité morale que cette autonomie lui était reconnue, — et a priori —, par l'ancien droit, tandis que le droit moderne a fait de cette personnalité l'objet d'une concession des pouvoirs publics, distincte de l'autorisation.

Il est vrai, on a prétendu que, en dehors de toute intervention de la loi ou de la coutume, le principe de l'autonomie de la volonté serait apte à la création d'un patrimoine d'affectation, dont le régime serait fixé par son affectation même ; à constituer des formes de copropriété adaptées à tous les besoins économiques (336) La doctrine italienne se montre en général très réservée à ce sujet ; à propos de la construction de *Manara* d'une création volontaire d'inaliénabilité relative des biens sociaux, (aliénables seulement dans l'intérêt du but social), « on heurte là, dit *Barassi,* un principe depuis toujours traditionnel et indiscuté,

(336) cf. à des degrés divers : *Saleilles,* note au Sirey, 1894, II, 185 ; et art. cit., dans *Annales de droit commercial,* 1897, p. 42-7. — *Gény*, op. cit., p. 132-142, 507-548.

d'après lequel il n'y a que la loi qui puisse créer une inaliénabilité réelle ; à la volonté de l'homme il n'est donné que de se lier elle-même, non les choses, elle peut seulement créer une inaliénabilité obligatoire : car la volonté se voit assigner des bornes par l'ordre juridique ; et une de ces bornes, c'est le caractère limitatif des droits ou charges réels que peut créer la volonté humaine, de ces droits réels qui affectent la chose par rapport à tous...(cf. *Venezian* cité note 337)... A l'organisation des droits réels, en effet, la collectivité est tout entière intéressée, et voilà pourquoi l'ordre public veille, et tempère l'activité libre des individus en excluant la création arbitraire de charges réelles.» (337) Sans insister sur le bien-fondé de ce principe, remarquons que, en l'occurence, l'affectation au but social de par la seule volonté des associés constitue, non pas seulement, comme on le dit souvent, la reconnaissance d'un privilège sans texte, contrairement à l'article 1949 du Code civil (=2093 Code civil français), mais même, en opposition plus formelle encore avec l'article 1948 (= 2092 Code civil français), une soustraction par un débiteur de partie de ses biens au gage de ses créanciers personnels. (338) Et il ne sert de rien d'invoquer avec *Manara* qu'un débiteur a parfaitement le droit d'aliéner un de ses biens, et que plus certainement encore doit lui être permise l'affectation de ce bien aux créanciers sociaux ; moins préjudiciable au droit de gage de ses créanciers personnels qu'une aliénation, puisqu'il est

(337) *Barassi*, *Societa commerciali e societa civili*, dans *A.G.*, 1902, II, p. 194-5. — dans le même sens, *Ferrara*, op. cit., p. 522-3, 1019-1020 ; et, cités par eux : *Venezian*, *Usufrutto*, p. 126-7 ; et *Dusi Revocabilita dei diritti*, n° 9.

338) L'impossibilité pour l'interprète de reconnaître un privilège hors les cas établis par la loi est reconnue par *Gény*, op. cit., p. 548. Mais cela n'implique-t-il pas, et a fortiori, l'impossibilité de la création d'un patrimoine d'affectation par la seule volonté de l'homme ?

possible qu'à ce bien se substituent des bénéfices qui entreront, eux, dans le patrimoine personnel de l'associé. Ce n'est pas une question de plus ou de moins, répond justement *Ferrara* : le débiteur peut aliéner son bien et diminuer ainsi le gage de ses créanciers ; ce qui lui est interdit, c'est d'en rester titulaire et de prétendre, en même temps, le soustraire à tout ou partie de ses créanciers (339). Et *Bonelli* : « La volonté individuelle à elle seule ne saurait séparer l'obligation du patrimoine, comme elle peut faire d'un bien matériel » (340). Mais pourquoi, insiste *Manara,* ne pas analyser l'affectation du patrimoine social en une aliénation éventuelle des biens apportés consentie par chaque associé aux créanciers sociaux ? Expédient artificiel ! La prétendue affectation au but social devrait exister dès l'instant du contrat de société, et empêcher, dès l'abord, l'action des créanciers personnels, et cela, pourtant, à un moment où il n'y a pas encore de créanciers sociaux : fait donc défaut cet accord de volontés entre aliénateurs (associés) et acquéreurs (créanciers sociaux), sans lequel on ne saurait concevoir une aliénation, fût-ce éventuelle (341).

(339) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 521-2.

(340) cf. Bonelli, art. cit., dans R. d. comm., 1903, I, p. 303.

(341) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 522. — Ajoutez que la loi, lorsqu'elle reconnaît un patrimoine autonome — ainsi, dans les sociétés commerciales — ne manque pas d'organiser une publicité apte à en notifier l'avénement à quiconque (cf. *Navarrini*, compte-rendu cité, dans *R. d. comm.*, 1903, I, p. 250). Précisément, cette réglementation des formes de la publicité, « l'interprétation libre est impuissante à l'organiser à elle seule »(*Gény*, op. cit., p. 528) ; comment, alors, préconiser cette libre formation d'un patrimoine autonome, et engager l'interprète à « ébaucher le système », à « montrer la voie, préparer par ses solutions libérales l'intervention des organes formels du droit positif »(*Gény*, op. et loc. cit.) ? faute de cette intervention, l'interprète peut bien souhaiter et décrire un régime rationnel, non pas le proposer comme solution

N° 26. Est-ce à dire que la tentative de *Chironi* d'assurer à l'association non reconnue la cohérence et l'unité ne s'inspire pas du souci très légitime de doter l'association d'un régime rationnel et conforme aux besoins pratiques ? Nous le croyons si peu qu'à chaque instant nous aurons à signaler dans le détail les difficultés et les inconvénients causés en notre matière par l'absence d'une réglementation positive adéquate ; et nous ne saurions partager à ce sujet l'optimisme de certains sur la suffisance du « lent et tenace travail de l'interprète » (342). On est forcé, en effet, de constater avec *Coviello* (343) que « le droit commun, quelque ingénieusement qu'il soit mis en œuvre, n'offre pas les mêmes avantages que le droit spécial dérivant de la reconnaissance ». Si l'association, en particulier l'association ouverte, n'apparaît dans la vie juridique que comme un ensemble de copropriétaires et de cocontractants ; si sa capacité s'analyse, non pas même en une synthèse, mais en une simple juxtaposition de la capacité de ses membres ; si, en particulier, son patrimoine appartient aux associés par quotes-parts grevées d'une affectation purement obligatoire, et non réelle, l'activité sociale est soumise à des risques continuels dont la réalisation compromettra peut-être l'existence de l'association. Or, s'il est vrai qu' «... à chaque idée juridique correspond... une technique, qui en est le vêtement naturel, fait à sa mesure et à sa taille », et qui si le droit la traite différemment, « ... il déforme la réalité et applique par fiction à un phénomène juridique un régime établi pour un phénomène différent »

actuelle du problème. — Sur la neutralisation des principes défendus au texte par l'emploi de la clause d'accroissement, cf. infra IIe Partie, chapitre XIV.

(342) *Giovene*, op. cit., p. XV-XVI.

(343) *Coviello N.*, op. cit., p. 232.

(344), on ne peut que déplorer que l'association ouverte ne jouisse pas nécessairement, comme dans l'ancien droit, du régime personnifiant qui seul lui convient pleinement (345). « Le droit romain et notre ancien droit étaient plus logiques : ils n'admettaient pas la formation de l'association sans autorisation ; mais, une fois formée, ils reconnaissaient que la personnalité en découlait. Ce serait un progrès de revenir à cette idée simple » (346). Dès qu'une association est licite, en effet, à quel titre et à quelle fin l'ordre juridique lui refuserait-il le règlement qu'appellent sa nature et son but ? Certes, les pouvoirs publics ont le droit et le devoir de s'opposer à la formation d'associations contraires à l'ordre public ; et en critiquant le régime de la « reconnaissance », quoi qu'en dise *Giorgi* (347), on ne songe pas à les leur contester. Mais le groupement licite, celui dont l'objet n'est pas en contradiction avec l'ordre public, pourquoi gêner l'exercice de son activité en l'enserrant dans un moule étranger ? N'est-ce pas, au fond, une manière détournée, « ni très digne, ni très franche » (348), de prolonger jusque sur les groupements licites le pouvoir de police de l'Etat ? Que ce dernier fixe où il convient les bornes de ce qui est licite; mais qu'après les avoir établies, il ne vienne pas, sous couleur d'interpréter le droit, brimer les associations que sa définition a reconnues licites. Ce que l'Etat, dans l'exercice de son pouvoir de police, a déclaré conforme à l'ordre public, l'Etat, dans l'organisation des règles juridiques, ne doit pas le traiter en suspect ; et il y a tout intérêt à ne pas confondre la question du carac-

(344) cf. *Michoud*, op. cit., t. I, p. 12-13.

(345) cf. *Michoud*, op. cit., t. I, p. 170 et sq.

(346) *Hauriou*, op. cit., 1re édit., p. 29.

(347) cf. *Giorgi*, op. cit., I, p. 115-7.

(348) cf. *Michoud*, op. cit., I, p. 35, et les auteurs qu'il cite.

tère licite qui appartient au droit public, et la question du régime juridique de l'association licite, qui ressortit au seul droit privé (349).

Quant à l'association fermée, — si c'est avec raison que la personnalité morale était réservée par l'ancien droit aux groupements basés sur le changement des membres (cf. supra n° 23 et les auteurs y cités) (350), où « les actes accomplis pendant que je suis dans le groupement peuvent produire leur effet seulement quand je n'y serai plus... », et où « les conséquences des actes se produisent vis-à-vis du groupe et non pas vis-à-vis des associés individuellement » (351) —, quant à l'as-

(349) Dans un sens voisin, cf. *Michoud*, op. cit., I, p. 34-6.

(350) En sens inverse, *Michoud* revendique ce régime pour l'association même fermée, pourvu qu'elle ait un but idéal, sous prétexte que « les associés ont extériorisé celle de leur fins qu'ils poursuivent par le moyen de l'association ; ils ont eu la volonté de lui consacrer un patrimoine spécial, entièrement séparé du leur, et sur lequel ils ont renoncé à jamais prétendre un avantage personnel, sauf peut-être un droit de succession à la dissolution » op. cit., I, p. 170-4). — Il nous semble, au contraire, que le groupement fermé, fondé sur *l'intuitus personae*, ne saurait, — pour reprendre les expressions, précitées, de *Michoud* —, revêtir « le vêtement de la personnalité », qui n'est pas « à sa mesure » : ce sont bien les associés qui restent titulaires, les sujets du patrimoine commun, puisque, par hypothèse, ils ne sont pas interchangeables, et que la vie du groupement est attachée à la leur propre. La noture du but poursuivi est indifférente, croyons-nous, pour déterminer la nature du groupement ; et la thèse opposée se réfère, plus ou moins consciemment, à la distinction, parfaitement oiseuse du point de vue juridique, entre intérêt matériel et moral, que nous avons combattue ci-dessus (cf. n° 14 in princip.).

(351) cf. *Michoud*, op. cit., I, p. 170-4. — Et nous ajouterions : et où la responsabilité est limitée, en sorte que les dettes du groupe ne soient à aucun titre, même subsidiaire, dettes des membres. Sans doute, la responsabilité des membres en la qualité de cautions ne contredit pas à la personnalité morale du groupe ; on ne saurait, pourtant, refuser à *de Vareilles* (op. cit., nᵒˢ 50, 847), que la construction juridique manque d'élégance et de vérité là « où les choses ne donnent pas à distance la projection d'une personne unique, seule propriétaire de l'avoir commun, seule débitrice des dettes sociales ».

sociation fermée, disons-nous, on lui assurerait l'autonomie du patrimoine social et l'affectation aux créanciers sociaux, sans recourir au régime personnifiant, et grâce à un système analogue à celui décrit par *Chironi,* ou à la *gesammte Hand.* A condition, d'ailleurs, que cette autonomie, — et la remarque s'applique aussi à la personnalité morale dans le groupement ouvert—, soit révélée aux tiers par une publicité suffisante, un enregistrement, confié de préférence à l'autorité judiciaire, tel que celui qui fonctionne en Suisse, ou en Allemagne en principe pour les associations à but non économique. Cet enregistrement satisferait ce « besoin de certitude chez les tiers », qui, pour *Giorgi,* était une nouvelle « justification de la reconnaissance » (352).

Bref, nous conclurions volontiers avec *Brugi* qu' « il vaudrait mieux une bonne loi sur les associations, permettant l'accès à la personnalité juridique, — ou à l'autonomie patrimoniale, avons-nous dit, suivant que le groupement est ouvert ou fermé —, que tous les expédients auxquels on est contraint de recourir, en raisonnant par analogie, pour donner aux associations de fait — (non reconnues) — un régime vaille que vaille... Ces remèdes, ces finesses ne doivent être qu'un effort transitoire qui assure imparfaitement la vie à l'association, en attendant que le droit positif lui donne un statut adéquat » (353). Seulement, si ce statut est désira-

(352) « *Savigny* dit avec raison que l'individu, rien qu'en venant au monde, porte dans son existence corporelle visible le signe manifeste de sa personnalité, tandis que l'être moral ne se révèle pas sans un acte des pouvoirs publics qui lui donne l'investiture des droits patrimoniaux *erga omnes* »(*Giorgi*, op. cit., I, p. 116) — Dans notre ancien droit, où la corporation devait être autorisée, les lettres patentes révélaient son avènement.

(353) *Brugi*, compte-rendu cité du livre de *Giovene, dans R. d. comm.*, 1915, I, p. 875. — Sur la nécessité d'une publicité, réalisée de préférence par simple enregistrement, cf. le même, p. 874.

ble, on a vu qu'il n'est pas légitime de l'induire de l'état actuel du droit positif italien (cf. supra n°s 7 et 25) : le contrat d'association, pas plus d'ailleurs que celui de société, n'a l'efficacité, à défaut d'une intervention légale, d'imprimer aux biens communs cette indisponibilité réelle, cette affectation au but social opposable à tous ; le patrimoine appartient pour une quote-part à chaque associé, et cette quote-part ne se distingue du reste de son patrimoine personnel que par l'obligation — lien purement personnel — par lui contractée de ne pas la distraire de la fin commune (354).

---

(354) cf. en particulier, *Ferrara*, op. cit., p. 1021-3 : il applique à l'association le régime qu'il a préconisé pour la société civile, et que nous avons décrit aux n°s 24 et 25 supra.

CHAPITRE VIII

CONCLUSION : Les principes directeurs du Contrat d'Association

N° 27. La doctrine dominante invoque pour l'association l'application des principes généraux du droit, et, par analogie, des règles sur la société civile. — Il faut toutefois limiter à l'association fermée le recours aux règles sur la société civile, groupement essentiellement fermé. — L'association ouverte ne peut être soumise qu'aux seuls principes généraux du droit : en vertu de ces principes mêmes, la tâche de l'interprète est celle même qu'accomplit le législateur dans les contrats nommés : tracer le statut de l'association par l'analyse de la volonté des contractants. — Cette volonté des contractants tend à un régime analogue à celui de la personnalité morale ; d'ailleurs, à elle seule, elle ne saurait lier les tiers.

N° 27. A mi-chemin entre ceux qui dénient toute efficacité au contrat d'association et toute capacité au groupe, et ceux qui, sous une forme ou une autre, accordent, et de plein droit, à l'association non reconnue les avantages et le régime de la personnalité morale, l'ensemble de la doctrine italienne reconnaît dans l'association une pluralité d'individus en état d'indivision, propriétaires chacun pour une quote-part du patrimoine commun, engagés respectivement par leur

contrat à poursuivre ensemble un but autre que le partage des bénéfices et en particulier à maintenir à cette fin l'affectation des biens communs. Dans le silence de la loi, comment définir les effets du contrat d'association ? (355) Quels liens juridiques ce contrat fait-il surgir entre les membres ? Lorsque l'association — autrement dit, les associés, — entre en rapports avec les tiers, quels principes gouvernent ces rapports ? On répond généralement avec *Giovene* : « Il faut faire appel aux principes communs à toute la matière des contrats (articles 1103 et suivants du Code civil) et aux règles propres à la société civile ; car si l'association ne peut se confondre avec cette dernière à cause de la différence du but poursuivi, leurs points de contact sont substantiels » (356) ; et on invoque à cet effet l'article 3 des dispositions préliminaires du Code civil, aux termes duquel, faute de disposition précise de la loi, « on doit se référer aux dispositions qui règlent des espèces semblables ou des matières analogues... », et, à défaut, « aux principes généraux du droit. » Mais si, comme nous avons cherché à le montrer ci-dessus

(355) « Contrat nommé d'association », dit *Giovene*, op. cit.,p. 73 (et les auteurs qu'il cite), puisque le Code de commerce, aux articles 239 et sq., s'occupe de « l'association d'assurance mutuelle », et qu'un tel groupement, poursuivant un but étranger au partage de bénéfices entre les membres, constitue bien une association. Mais, — et l'auteur prévoit d'ailleurs l'objection —, quelle conséquence tirer de ces dénominations légales d'association ou de société, données au hasard à tel groupement selon le caprice de l'usage ? — La question est, au surplus, peu importante, puisqu'on ne saurait tirer du statut tout particulier de ces associations d'assurance mutuelle (cf. supra n° 4) un enseignement pour l'association abandonnée au droit commun.

(356) *Giovene*, op. cit., p. 79 ; et les auteurs suivants, par lui cités, dans le même sens : *Giorgi*, op cit., I, n° 62 — *Crome* trad. *Ascoli et Cammeo*, op. cit., p. 181. — *Tartufari*, art. cit., dans *F.I.*, 1907, I, p. 234 et sq. — *Lessona*, art. cit., dans *R. d. comm.*, 1910 I, p. 379.

(n° 10), il est plus conforme à la raison et à la tradition de ne ranger, avec *Ferrara,* sous le concept d'association que le groupement ouvert, à personnel interchangeable, et de le séparer, ainsi, nettement du groupement fermé à but non lucratif, — cette « quasi-société » — que la définition de l'article 1697 (= 1832 Code civil français), dans l'interprétation courante, empêche seule de confondre purement et simplement avec la société, on réservera à l'association fermée cette extension par analogie des règles de la société civile, et on abandonnera aux seuls principes généraux des contrats la solution de tout ce qui concerne l'association ouverte ; du moins, on se montrera, à son endroit, très réservé dans l'appel à l'analogie, en se souvenant de la différence fondamentale de nature qui l'oppose à tout groupement fermé (357).

L'association fermée, d'abord, obéit aux principes généraux des contrats, et, de plus, par analogie, aux règles de la société civile. En vertu du principe général de la liberté des conventions, les parties pourront régler, comme elles l'entendront, leurs rapports personnels, et modifier la réglementation du Code civil sur la société dont les dispositions sont presque toutes interprétatives de la volonté des contractants. En cas de silence des statuts, le contrat d'association produira les mêmes effets que le contrat de société : des deux côtés, engagement mutuel de poursuivre un but commun, contracté *intuitu personæ* ; « la nature du but poursuivi n'influe pas sur l'essence du rapport » (358), et ses conséquences juridiques ne seront que de peu d'im-

(357) Mais les statuts peuvent être muets sur la question d'accès de nouveaux membres : le groupement est-il ouvert ou fermé ? Pure question d'interprétation de volonté, et dont la solution dépend des circonstances de chaque espèce : cf. infra II° partie, chapitre IX, n° 28, note 373.

(358) *Ferrara,* op. cit., p. 497.

portance. Toutefois, même à ces groupements fermés, on peut appliquer la remarque de *Lessona* (op. et loc. cit. supra, note 356) que ce recours à l'analogie n'a rien de nécessaire, de rigide : même en l'absence de clause expresse, l'analyse de la volonté des parties peut, sur des points secondaires, aboutir à des conclusions variables suivant le caractère lucratif ou non de l'objet du groupement.

Tout autre est la nature de l'association ouverte (cf. supra n° 10), qui n'offre avec l'association fermée que « ce seul trait commun, de n'être pas réglée par le législateur » (359) ; au lieu de contracter en considération des autres contractants, les associés, ici, se regardent comme des ouvriers interchangeables au service d'une organisation indépendante et permanente. On voit l'antithèse, et combien différemment, à défaut de déclaration expresse des parties, il faudra traduire l'engagement de l'associé : pour définir les rapports entre cette multitude d'associés, passagers, variables, inconnus peut-être les uns des autres, en vain s'inspirerait-on des règles légales sur la société civile, contrat formé *intuitu personæ,* et tout pénétré encore, — à tort ou à raison —, de ce *jus fraternitatis* qui dicta sa structure aux jurisconsultes romains (360). Demeurent, dès lors, seuls en cause pour la réglementation de l'association ouverte les principes généraux des contrats. Or, l'article 1131 du Code civil (=1156 Code civil français), trace à l'interpréte (361), la voie large où trouver, dans le

(359) *Ferrara*, op. cit., p. 497.

(360) Les règles propres à l'association ouverte que dégagera l'interprète n'ont donc pas besoin, selon la juste remarque de *Ferrara* (op. cit., p. 1016), « de se justifier en tant qu'elles diffèrent des règles de la société, car le jurisconsulte italien n'est pas tenu, comme l'est le jurisconsulte allemand (cf. art.54 Code civil allemand), de coucher l'association dans le lit de Procuste de la société ».

(361) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 1013.

silence de la loi, le statut de l'association : à savoir, l'analyse de « la commune intention des parties contractantes ». Et puisque les contrats doivent être exécutés de bonne foi, et obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais aussi à toutes les conséquences qui en dérivent suivant l'usage ou l'équité (article 1124 ; comparez articles 1134-5 Code civil français), le devoir de l'interprète consiste à déduire logiquement du contrat même d'association toutes les conséquences qu'implique pour les associés son exécution loyale, et qui constitueront la réglementation uniforme de ce contrat sauf manifestation contraire de volonté des contractants. La construction doctrinale, bien entendu, n'est pas réduite au secours de la seule raison : les associations vivent et se développent sous ses yeux ; or, chez plusieurs d'entre elles, les associés précisent, et jusque dans le détail, l'ensemble des effets qu'ils entendent faire produire à la convention; dégageant ainsi, plus ou moins parfaitement, la figure-type que recherche l'interprète, et ces clauses d'usage que l'article 1124 déclarait obligatoires en principe, même si elles ne sont pas exprimées : ainsi, délimitation des obligations respectives des membres, organisation interne du groupe, réglementation du droit de retrait, modalités de la représentation de la multitude variable, limitation de la responsabilité de chacun à sa part sociale, clauses savantes visant à assurer au groupe, en dépit des transformations de son personnel, la stabilité du patrimoine commun. Bref, l'association ouverte, là où les associés précisent et commentent eux-mêmes la portée de leur contrat, tend à se présenter « comme une unité sociale », et rappelle hautement qu'elle est « le *substratum* naturel et propre de la personnalité » (362), sans laquelle on ne la concevait pas dans la construction simple et logique de

(362) *Ferrara*, op. cit., p. 1012.

l'ancien droit. C'est à systématiser et compléter ces divers statuts que l'on dégagera la volonté, obscure peut-être, mais implicite, de ces associés qui n'ont pas pris soin de l'expliquer suffisamment. Et il ne faut point crier à l'arbitraire, et condamner comme artificielles, étrangères à l'intention réelle des contractants, les clauses, quelquefois subtiles, qu'on est ainsi amené à leur imputer : en effet, la plupart des dispositions légales sur les contrats nommés prétendent-elles à autre chose qu'à interpréter la volonté des contractants ? Et pourtant, ces dispositions auraient-elles échappé à l'intention ou à la connaissance même des parties, elles lient les parties, sauf manifestation de volonté contraire de leur part ; l'objection n'est guère plus sérieuse à l'égard du contrat innommé et lorsqu'elle s'adresse à l'interprète, qui, conformément au vœu de la loi, s'inspire du but des contractants pour exprimer le sens intime de leur contrat, en soumettant le bien-fondé de ses investigations au critérium des clauses généralement inscrites dans les conventions du même genre. Il reste seulement qu'une telle analyse, à la différence de celle du législateur pour les contrats nommés, demeure soumise à discussion.

Toutefois, cette intention des parties à l'association, exprimée ou seulement implicite, d'organiser leur groupement sur le modèle de la *corporation*, de la personne morale n'a, par elle-même, qu'une efficacité relative, et c'est ce qu'on oublie souvent. Il suffit, ici, de généraliser le principe sur lequel nous nous sommes appuyés (cf. supra, chap. VII) pour combattre l'autonomie du patrimoine commun. On invoque la tendance de l'association à revêtir le vêtement corporatif, on constate qu'elle cherche à vivre dans la pratique comme si elle était une personne morale, et l'on en conclut que la

discipline juridique de l'association doit être conforme à sa nature et à sa tendance (363) ; que l'intention subjective des associés domine toutes les conséquences de leur contrat et que, par suite, les membres, « en état d'union », doivent être traités comme une unité, que le patrimoine appartient bien aux associés, mais en leur qualité d'associés, et se trouve donc affecté réellement au groupe et soustrait aux créanciers personnels des membres (364). Mais on méconnaît que « les statuts de l'association forment la trame interne qui oblige les associés,... non les tiers ! Le mécanisme de pactes, de clauses, de renonciations, qui, avec un admirable équilibre, gouverne l'association, lie seulement les associés, non les tiers, a une efficacité interne, non externe. La remarque est essentielle, parce qu'il y a là une grave équivoque où tombent une multitude de juristes... Les associés, en s'unissant par contrat innommé, peuvent vouloir et contracter ce que bon leur semble : renonce à leur quote-part de *condominium* en cas de retrait — (ms. cf. infra note 365), — s'obliger à affecter leurs apports au seul but social, réserver au gage des créanciers sociaux un patrimoine distinct... Mais tout ce faisceau d'obligations regarde les contractants et n'est pas opposable aux tiers... Et c'est là que réside la faiblesse et la fragilité du rapport d'association :.. vis-à-vis des tiers, il n'existe pas un être association ayant un but propre à atteindre, mais seulement une pluralité de copropriétaires, sans qu'il importe que cette copropriété soit fondée sur un rapport obligatoire réciproque » (365). En résumé, la

(363) sic : *Fadda, Alcune osservazioni sulle associazioni non riconosciute*, dans *Rivista prattica di dottrina e giurisprudenza*, 1904, p. 385 et sq.. (cf. *Ferrara*, op. cit., p. 1006).

(364) *sic Chironi*, article cité et analysé (*Legge*, 1901) au n° 21, supra. — (cf. *Ferrara*, op. et loc. cit.)

(365) *Ferrara*, op. cit., p 1014. — Cependant ces principes sont,

tendance naturelle des membres, dans l'association ouverte, de s'organiser sous le régime corporatif n'est qu'une tendance économique, sociale ; leur volonté ne saurait, par exemple, avons-nous vu (cf. supra n° 24 et 25) affecter directement (cf. supra note 365) les biens communs aux créanciers sociaux, pas plus que restreindre, à elle seule (366), leur responsabilité vis-à-vis des tiers à leur quote-part dans ces mêmes biens (367).

Sur le fondement de ces directives générales, et

croyons-nous, indirectement neutralisés par la clause d'accroissement, qui, s'analysant en une condition résolutoire du droit de l'associé décédé ou défaillant, a une efficacité rétroactive *erga omnes* (cf. infra IIe Partie, chap. XIV, n° 43 en particulier).

(366) Mais cf. notre IIe Partie, chapitre XVIII, n° 57. — Ici encore, nous adoptons bien le principe posé par Ferrara, mais nous nous séparons de lui dans l'application.

367) Les commercialistes italiens admettent le caractère strictement lucratif de la société de commerce (cf. supra chap. IV, note 87). Le régime pour elle établi par le Code de commerce ne peut donc être appliqué purement et simplement à l'association commerciale (sur cette dernière, cf. supra, n° 11). L'association, qu'elle fasse ou non des actes de commerce, est, selon l'expression de *Manara* (note sous Cass. Florence du 4 avril 1907, dans *R. d. comm.*, 1907, II, p. 506)« un contrat innommé soumis à la discipline juridique fixée par l'article 1103 du Code civil », autrement dit : aux principes généraux des contrats ; sans préjudice, bien entendu, de l'extension, par analogie, aux associations commerciales formées entre personnes déterminées, de toutes les règles de la société civile inspirées de *l'intuitus personae*. — *Giovene*, adoptant la thèse de *Bonelli* sur les sociétés commerciales : à savoir que les sociétés de commerce sont personnes morales, mais à condition de se conformer pour leur constitution et leur publicité aux règles établies par le Code de commerce, rapproche l'association commerciale de la société de commerce irrgéulière et la soumet en principe aux règles de cette dernière (à l'exception, naturellement, des sanctions établies par le Code à l'encontre de la société de commerce irrégulière, puisque l'association commerciale n'est pas, elle, assujettie aux formalités imposées par le dit Code aux sociétés) (cf. *Giovene*, op. cit., p. 79-80, 143-8, etc.

sous le bénéfice de ces réserves, nous pouvons maintenant aborder sous ses aspects divers le régime de l'association : rapports entre les membres, rapports avec les tiers.

DEUXIEME PARTIE

Conséquences du rapport juridique d'association

Ire Section. — Rapports entre associés

Chapitre IX

De la formation de l'association et des statuts

N° 28. Acte constitutif de l'association et statuts. — Quand le contrat est-il formé ? — Clause prévoyant l'adjonction de nouveaux membres.

N° 28. — Le contrat d'association est une convention par laquelle plusieurs personnes s'engagent respectivement à poursuivre un but autre que le partage de bénéfices. Généralement, les contractants ont soin de préciser par quels moyens ils pourvoiront à l'œuvre commune, et les obligations qu'ils assument à cet effet les uns envers les autres. Si le groupement est d'importance, en particulier s'il entend prendre l'initiative d'une activité durable, susceptible de se prolonger au delà de l'existence éphémère de ses membres, les contractants prévoient l'accession au groupe,

— peut-être sous la réserve de remplir certaines conditions —, de nouveaux membres, renouvelant à mesure le personnel primitif (368) ; et ils organisent la répartition des fonctions, en établissant des représentants et en déterminant l'étendue de leurs pouvoirs, en réservant aussi à une assemblée générale des membres ou à certains d'entre eux la nomination de ces représentants et leur habilitation à certains actes importants : les associés, comme on l'a déjà dit, tendent naturellement à donner, autant que possible, à leur groupement, le régime corporatif. Au surplus, la légitimité de ces clauses diverses et leur portée, d'une part ; la possibilité, aussi, de les sous-entendre, en cas d'absence ou d'insuffisance des statuts, c'est proprement l'objet de cette section et nous allons les retrouver tour à tour.

Le plus souvent, l'acte de volonté des associés, constitutif de l'association, et l'établissement des statuts coïncident. Il en sera ainsi, notamment, des groupements fermés, établis entre un certain nombre de personnes limitativement déterminées, et où la considération respective des contractants a été décisive. Dans l'association ouverte, dont les membres sont souvent nombreux, il peut s'écouler un certain délai entre l'acceptation par plusieurs de former un lien d'association et la confection des statuts : l'association se constitue parfois, en effet, par voie de souscriptions publiques (369); les souscripteurs successifs acceptent de devenir mem-

(368) Y a t-il un droit, pour quiconque remplit les conditions fixées aux statuts, à devenir associé ? Curieuse question, à laquelle ont répondu affirmativement le tribunal de Turin, le 17 juin 1872 (*Giurispr. torin.*, 1872, p. 859) et la Cour de Cassation de Naples, le 14 juillet 1877(*F.I.*, 1877, I, p. 1044) (cités par *Lessona*, art. cit. dans *R. d. comm.*, 1910, I, p. 385) .— En somme, l'établissement de ces conditions peut être tenu pour une offre, obligatoire pour ses auteurs si elle est acceptée avant qu'ils la révoquent.

(369) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 773-4.

bres de l'association projetée(370); lorsque les adhésions recueillies sont jugées suffisantes par ceux qui ont pris l'initiative de la souscription, une assemblée générale élabore les statuts du groupement nouveau. *Giovene* remarque que l'acte constitutif de l'association doit être soigneusement distingué des statuts, car « les statuts présupposent l'acte constitutif ; c'est seulement quand s'est manifesté l'accord des volontés sur une entreprise commune qu'il est possible d'organiser l'association » (371). La distinction nous semble, pourtant, contestable ; qu'est-ce que les statuts, sinon l'explication, la mise au point de l'accord abstrait et général des contractants ? et comment distinguer l'interprétation par les statuts de la volonté des contractants, de cette volonté même ? En somme, la question revient à savoir si les associés sont d'ores et déjà engagés par leur déclaration respective de volonté, et si celle-ci n'est pas bien plutôt définitive lors seulement de l'accord sur les statuts. Sans aucun doute, chaque clause des statuts ne réunira pas l'unanimité des suffrages si les associés sont nombreux ; les membres de la minorité, malgré leur avis dissident, se rallieront peut-être à l'avis de la majorité, la subiront ; mais ne peuvent-ils aussi, immédiatement et sans délai, se retirer, nonobstant leur déclaration de volonté antérieure ? Or, il n'y a pas de bonne raison, croyons-nous, de distinguer entre le contrat d'association et toute autre convention, car nous sommes en présence d'un aspect particulier de cette recherche, toujours délicate, du moment où les contractants sont sortis de la phase préliminaire des pourparlers et ont abouti à un

(370) A ne pas confondre la souscription de l'engagement de former association avec la souscription de l'engagement d'apporter une offrande quelconque à l'association formée par les membres d'un comité promoteur (cf. supra, n° 16).

(371) Op. cit., p. 131-2.

accord ferme : pure question de fait, à trancher selon les espèces ; pure question d'interprétation de la volonté des parties. On pourra, par exemple, estimer que si les statuts sont conformes aux clauses usitées dans les associations du même genre, ils s'imposent aux membres comme conséquence de leur volonté de s'associer ; mais s'ils modifient les clauses d'usage, soit en aggravant les obligations des associés, soit en diminuant leurs droits et garanties, l'associé n'est-il pas fondé à soutenir que son engagement n'avait pas un objet aussi étendu, et l'établissement des statuts n'apparaît-il pas alors comme une continuation des pourparlers en vue d'arriver à un accord, accord qui ne sera définitif que par l'adoption de ces mêmes statuts par les parties ? (372).

Quand les statuts prévoient l'adjonction de nouveaux membres (373), l'accès d'un nouvel associé ne

(372) L'obligation de souscrire aux décisions de la majorité, que nous préconisons ci-dessous (cf. chap. XI, n°s 31 et sq.) dans l'association ouverte, et en l'absence même de clause en ce sens, ne saurait être invoquée ici sans pétition de principe : cette obligation, en effet, est une conséquence de l'acceptation de la clause, expresse ou tacite, par les parties : or, il s'agit, ici, précisément, de savoir si, avant l'élaboration des statuts, le contrat social est déjà formé, et les parties liées. — Il n'est, selon nous, possible de considérer la souscription, dans les sociétés de commerce par actions, comme un contrat ferme, que par suite de la nécessité légale où se trouvent les fondateurs de publier les grandes lignes des statuts qu'ils se proposent de soumettre ultérieurement à l'assemblée générale (art. 129 du Code de commerce italien. — cf. loi française du 30 janvier 1907, art. 3). Faute de l'organisation légale d'une telle publicité pour les associations se formant par souscriptions, les réserves mentionnées au texte nous paraissent s'imposer.

373) En cas de silence des statuts, il faut faire appel à toutes les circonstance de la formation du groupement pour découvrir si les parties ont entendu, ou non, restreindre définitivement le rapport d'association aux membres primitifs ; l'organisation de l'activité du groupe sur le modèle corporatif serait un indice en faveur de la seconde solution, mais non infaillible, car une telle

rompt pas l'ancien lien entre les membres originaires, mais ce lien s'étend au nouveau membre, et, en ce sens, est amendé ; de la part du nouveau membre, il y a, c'est assez clair, un contrat nouveau pour le tout (374). Par son entrée dans l'association, le nouveau membre démontre sa volonté de remplir les obligations portées aux statuts, comme de revendiquer les avantages qu'ils stipulent : son adhésion, après coup, aux statuts a la même efficacité que s'il y avait lui-même effectivement collaboré (375).

---

organisation n'est pas incompatible (cf. *Ferrara*, op. cit., p. 497-8), quoique peu en harmonie, avec un rapport fondé sur *l'intuitus personae*.

(374) Il nous paraît difficile d'admettre avec *Giovene* que « même lorsque ont disparu ceux entre qui s'est noué originairement le lien d'association, c'est toujours l'ancien rapport qui continue, objectivement inchangé ; ... à chaque changement l'ancien lien avait persisté, quand, aux premiers associés s'en ajoutaient de nouveaux ; à présent, l'ancien rapport est seulement modifié en ce sens qu'il se restreint aux nouveaux associés et continue avec eux »(op. cit., p. 134). Mais ce « lien primitif objectivement inchangé » ne fait-il pas figure d'un « universal » réalisé ? on peut bien dire qu'à l'égard des associés originaires, l'accès d'un nouveau membre ne rompt pas le lien primitif, mais le modifie seulement; quand tous ces associés originaires ont disparu, on ne saurait plus parler de ce lien primitif. — Rapprochez de l'opinion de *Giovene* — mais à propos, ici, d'associations dotées de personnalité, la « *perpetual succession* » du droit anglais (cf. Monsieur *Lévy-Ullmann*, à son cours précité (1920-1921) sur *les notions fondamentales du droit civil anglais* — *Blanckstone*, *Jurisprudence*.

(375) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 1015.

Chapitre X

De l'obligation à l'apport

N° 29. Dans l'association, comme d'ailleurs dans la société, l'apport en biens n'est pas indispensable ; mais il existe généralement dans l'association : par exemple, sous forme de cotisations périodiques. — Obligation à l'apport dans le contrat d'association valable et licite. — N° 30. Des effets de cette obligation dans l'association illicite ou sans portée juridique.

N° 29. — S'il n'est pas plus exact en Italie qu'en France que dans l'association, — et par opposition au contrat de société —, les membres ne puissent mettre en commun que leurs connaissances ou leur activité (376), l'apport de biens par les associés ne constitue pas, toutefois, un élément essentiel du contrat d'association. Au surplus, il en va de même dans le contrat de société lui-même ; et *Ferrara* a démontré, à notre sens, que la mise en commun, en *comunione,* prévue par l'article 1697 du Code civil (=1832 Code civil français), ne devait pas s'entendre au sens technique du mot : d'une propriété indivise, mais seulement d'une coopération économique de moyens propres à

(376) Conformément à la thèse de *Trouillot et Chapsal,* appuyée sur la lettre de l'article 1er de la loi française du 1er juillet 1901 (cf. supra, chap. IV, n° 8)

atteindre le but social. Et il suffit de rappeler à l'appui que les articles 1715 et 1731 (=1851 et 1867 du Code civil français) prévoient l'apport en simple jouissance d'une bien, créant seulement une obligation de faire jouir à la charge de l'associé qui l'apporte, et qui demeure propriétaire exclusif : or, rien ne s'oppose à ce que l'apport de tous les autres associés soit un simple apport d'industrie : si bien qu'en définitive, aucun bien ne sera en *comunione,* en propriété indivise. Bien mieux : l'article 1706 (=1842 Code civil français) définit comme une société le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent pour l'exercice d'un métier ou d'une profession : or, dans ce cas, chaque associé acquiert en son nom propre le produit de son travail et se trouve seulement obligé à en faire bénéficier ses co-associés ; et même si cette analyse du rapport est inexacte en principe, comme le soutient *Carnelutti* (377), parce que ce serait le droit même de l'associé au résultat de son industrie qui aurait été mis en société, et qu'en conséquence le produit de cette industrie serait acquis non à l'associé, mais à la société, aux associés tous ensemble, toutefois, la volonté des parties, remarque justement *Giovene* (378) pourrait bien donner une portée différente au contrat, qui n'en répondrait pas moins à la définition de l'article 1706 ; surtout, le fruit de l'industrie des membres tomberait-il directement en indivision, en *comunione,* cette *comunione* ne saurait exister qu'après que s'est exercée l'industrie des membres, alors pourtant que le contrat de société existe, aux termes de l'article 1707 (=1843 Code civil français), dès l'instant même de l'accord des volontés (379). La même conclusion

(377) art. cit., dans *R. d. comm.*, 1913, I, p. 93-4 (cité par *Giovene*, op. cit., p. 88).
(378) *Giovene*, op. cit., p. 88-9.
(379) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 505-8.

s'impose pour l'association : un apport de biens par les associés n'est pas essentiel ; l'indivision n'est que le régime naturel de l'association non reconnue en droit positif, non pas son support essentiel.

Il n'en est pas moins vrai que, le plus souvent, les associés s'engagent à un apport de biens ; et dans l'association cet apport se fractionne d'ordinaire en apports successifs à échéances fixes, en cotisations annuelles. Que cette promesse de l'apport est obligatoire pour son auteur, il est superflu de s'attarder longuement à le démontrer, puisqu'elle est souvent l'obligation la plus importante que fait naître le contrat et que ce dernier est sans conteste juridiquement efficace (cf. supra chap. V, n°s 13 et 14). « Qui a jamais eu, demande *de Vareilles* (380) la singulière idée de soutenir que les particuliers ne sont plus les vrais propriétaires de tous les biens qu'ils appliquent à tout autre usage qu'à la production de bénéfices ? Qui oserait dire qu'ils ne possèdent plus pour eux, mais pour un but, pour une idée, pour quelque chose d'incapable ? Que, s'étant dépouillés au profit d'une abstraction, ils ont fait, en fin de compte, abandon de ces biens, et que leur biblithèque, leurs salles de musique ou d'escrime, leur oratoire, leurs pianos, leurs billards, sont des biens sans maître, qui doivent faire retour à l'Etat ? Ce qu'il serait insensé de dire d'un individu qui consacre une partie de ses biens à des usages non lucratifs, est-il raisonnable de le dire de plusieurs individus qui consacrent à ces mêmes usages une part de leur patrimoine ?... » Or, «... s'il est évident que de droit naturel plusieurs personnes peuvent employer des biens à poursuivre de concert un but non lucratif, il n'est pas moins

(380) *de Vareilles-Sommières*, op. cit., n° 661.

évident qu'elles peuvent s'obliger réciproquement à le faire ; elles peuvent s'engager à mettre et à maintenir (381) en commun la propriété ou l'usage de certains bien en vue de cette entreprise. En d'autres termes, si le fait de s'associer est licite, le contrat d'association est valable » ; si la copropriété dans un but licite est permise, l'engagement de l'apport est valable.

N° 30. Le raisonnement précédent ne s'applique, on le conçoit, qu'à ces associations dont l'objet est licite, et où les associés ont entendu créer entre eux un lien juridique (382). Sinon, le contrat est nul comme ayant un objet illicite, ou faute de consentement sérieux des prétendus associés (cf. supra, chap. V, n°s 15 et 17). Aussi, les associés ou soi-disant tels peuvent-ils se refuser à effectuer leur apport. En particulier, si le transfert de propriété d'un corps certain résulte automatiquement de l'obligation de transmettre la propriété (article 1125 Code civil ; comparez article 1138 Code civil français), encore faut-il que cette obligation soit valable ; la disposition de la loi moderne qui escompte les conséquences de la tradition et répute celle-ci accomplie dès l'instant où est née l'obligation de livrer, cette disposition est manifestement inopérante en l'espèce : par la raison très simple que l'obligation de livrer n'est pas née et ne peut pas naître.

---

(381) On verra plus loin (cf.infra, chap. XIII, n° 39) qu'il ne faut pas objecter ici la règle « nul n'est tenu de rester dans l'indivision ». En attendant, constatons que l'obligation d'effectuer l'apport promis et de le maintenir pendant 10 ans (5 ans en droit français : cf. art. 681 Code civil italien et 815 Code civil français) n'est pas affectée par cette règle.

(382) sic *Giovene*, op. cit., p. 114.

Chapitre XI

Le principe de la majorité

N° 31. Les décisions de la majorité des membres obligatoires pour tous dans l'association ouverte. — N° 32. Et ces décisions de la majorité peuvent modifier le statut social. — Limite de ce pouvoir : les droits réservés des associés. — N °33. Les décisions de l'assemblée générale n'échappent pas au contrôle judiciaire.

N° 31. L'association, — surtout l'association ouverte —, ne saurait se passer de représentants jouant dans le groupement le rôle du pouvoir exécutif dans l'Etat : exécutant les décisions des associés, et administrant les affaires sociales ; nous les retrouverons bientôt. Mais il est rare que l'ensemble des associés abandonne à la discrétion de ces représentants le soin de prendre les déterminations les plus graves ; à défaut de clause expresse investissant les représentants de tel ou tel pouvoir déterminé (383), tout ce qui dépasse la simple administration (384) reste du ressort du groupe lui-même, de l'ensemble des associés : de tous les associés dans le groupement fermé, où, comme dans la société civile, les membres ont contracté en

(383) cf. art. 1741 du Code civil (=1988 Code civil français) — et infra, chap. XII n° 37 et note 442.

(384) sur l'étendue de l'administration, cf. infra, chap. XII, en particulier note 428.

considération des personnes des co-associés, où chacun d'eux entend bien demeurer pour sa part *dominus negotii,* titulaire du fonds commun, en fait comme en droit, bref, où la personnalité des membres n'a pas abdiqué son originalité et son autonomie au service d'une entreprise durable à personnel anonyme et changeant (385, 386).

Que la nécessité d'une décision unanime s'impose, au contraire, dans l'association ouverte, généralement composée d'un nombre considérable de membres, et voilà, de toute évidence, le fonctionnement du groupe matériellement impossible. Aussi, les associés ne manquent guère de rédiger des statuts où ils inscrivent le caractère obligatoire des décisions prises à la majorité; et il n'est pas douteux que cette clause soit licite (387). En somme, chaque associé donne à l'avance, en entrant dans l'association et en acceptant d'observer les statuts, son consentement à ce qu'en toute circonstance décidera la majorité ; si bien que, lors de chaque décision de l'assemblée générale, son vote, s'il est contraire à celui de la majorité, ne constitue qu'un avis, n'infirmant en rien son consentement préventif

(385) En sens contraire : *Giovene*, op. cit., p. 140-1 (cf. infra, note 391).

(386) — En tous cas, la disposition de l'article 678 du Code civil, qui soumet à la loi de la majorité l'administration et la réglementation de la jouissance des biens indivis, est étrangère à notre problème, où sont en jeu les actes de disposition les plus caractérisés et les règles fondamentales de l'activité sociale.

(387) Dans ce sens : *Ascoli : Sul contratto collettivo di lavoro*, dans *R. d. comm.*, 1903, I, p. 99. — *Messina : I contratti di tariffa nello ordinamento giuridico del lavoro*, dans *R. d. comm.*, 1904, I, p.507. — Appel Bologne, 24 juin 1895, cité par *Ascoli et Cammeo* sur *Crome*, op. cit., p. 182, note a (les statuts sociaux portaient une clause en ce sens).

(388). Mais plusieurs auteurs estiment qu'il faut aller plus loin et reconnaître avec *Crome* (389) qu' « il est impossible que les membres entendent être contraints dans leurs délibérations par le dissentiment d'un petit nombre, même lorsque les statuts ne contiennent pas expressément cette clause ou qu'il n'y a pas de statuts écrits » (390). Ainsi *Ferrara* adopte la règle posée par *Oertmann* (391) que « le principe de la majorité est le nerf vital de l'association, — entendez : l'association ouverte — et qu'on doit le tenir pour tacitement admis par le seul fait que le groupe se dénomme association ». Est-il téméraire, en effet, d'imputer aux parties, trop réservées dans l'expression de leur volonté, l'intention de rendre simplement possible le fonctionnement de l'association ? Or, il faudrait être dénué de sens pour contracter un lien d'association que l'on consent d'étendre à quiconque remplira certaines conditions déterminées, et pour faire dépendre en même temps de la décision de cette unanimité d'anonymes les mesures nécessaires à la poursuite de l'entreprise commune.

(388) Voir un intéressant historique de l'évolution du principe de la majorité, à propos des personnes morales dans *Ferrara*, op. cit., p. 813-4.

(389) op. cit., p. 182.

(390) Dans le même sens, pour l'association sous la loi française du 1er juillet 1901, *Michoud*, op. cit., I, p. 119.

(391) *Allgemeine Theil, Kommentar*, p. 170, cité par *Ferrara*, op. cit., p. 1018. — Dans le même sens *Bolchini*, dans *Le pubbliche sottoscrizioni...*, cité. — *Fadda*, art. cit., dans *R. P.*, 1904, p. 385 (cité par *Ferrara*, op. et loc. cit.). — *Giovene*, op. cit., p. 140-1. Mais ce dernier admet le principe de la majorité, même dans l'association formée *intuitu personae*, alléguant que « le nombre ordinairement élevé des associés n'entraîne pas une union assez étroite des membres à la collectivité pour que l'opposition de quelques-uns ait la même importance que dans les sociétés à but de lucre », et que « le manque de finalité économique est assez de nature à occasionner des oppositions capricieuses. »

N° 32. Une question se présente alors naturellement à l'esprit : on admet le principe de majorité comme loi essentielle, même implicite, de l'activité de l'association ; mais n'est-ce pas à condition que ces décisions de majorité soient conformes aux statuts, ne modifient pas ces statuts mêmes ? On sait que, dans le domaine voisin des sociétés anonymes, le problème en France a été très discuté avant la loi du 22 novembre 1913 (392). L'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 disposait que « les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au-delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme, ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social ». Or, beaucoup d'auteurs, estimant que les statuts, comme tout contrat, ne peuvent être modifiés que par l'unanimité des contractants, refusaient de voir dans l'article 31 une habilitation de l'assemblée générale à opérer ces modifications, mais l'interprétaient comme une réglementation de ce pouvoir, pour le seul cas où ce pouvoir aurait été conféré par les statuts mêmes à l'assemblée. *Thaller* fit observer (393) que les statuts de la société, bien que basés sur le contrat constitutif, n'étaient pas eux-mêmes un contrat, mais la loi intérieure de la société personne morale,

(392) La loi du 16 novembre 1903, en permetant, même en l'absence de clause des statuts, la création d'actions de priorité à la majorité, avait restreint le champ de la discussion, en même temps que fourni un critérium (cf. *Lyon-Caen et Renaudt*, op. cit., t. II, 2e partie, nos 865 et sq). La loi de 1913 résout la question, mais seulement, peut-être, pour les sociétés postérieures à cette même loi. cf. *Lyon-Caen et Renault*, op. cit., t. II, 2e partie, Appendice, p. 18 à 21. — *Lacour*, *Précis de droit commercial*, 1921, I, p. 356.

(393) cf. note dans *Dalloz*, 1893, I, 106.

l'expression de la volonté de celle-ci, volonté qui s'exprime précisément par l'assemblée générale. L'argumentation ne porte pas pour nos associations non reconnues. Aussi bien, est-ce sur une autre base que la jurisprudence, quoique divisée, tendait à reconnaître à l'assemblée générale le pouvoir de modifier les statuts : elle se fondait, à cet effet, sur la volonté tacite des contractants (394) : la société anonyme, formée souvent en vue d'une entreprise de longue haleine, doit pouvoir transformer ses statuts pour les mettre en harmonie avec les circonstances qui se modifient et les difficultés qui surgissent ; or, une décision unanime des actionnaires est un mythe ; donc les statuts contiennent implicitement le pouvoir de l'assemblée générale de les modifier à la majorité des voix, pourvu que la modification n'affecte pas les clauses essentielles (395). Le raisonnement, on le voit, n'est pas différent de celui qui fonde en général le principe de la majorité dans le groupement ouvert (cf. supra n° 31) ; il apparaît seulement plus audacieux dans l'extension qu'on en propose aux

(394) cf, vg, l'arrêt cité note 393.

(395) *Michoud*, op. cit., II, p. 4-30, — où l'on trouve résumée nettement et discutée toute cette controverse —, n'admet pas de salut hors de l'explication de *Thaller*. Il estime la thèse de la jurisprudence et sa présomption très sujettes à caution. Or, d'après lui, « une modification qui exige le consentement unanime des actionnaires est presque impossible en fait ; et cependant, pour q'une société puisse vivre, se développer, surmonter les difficultés que lui apportent les changements du milieu ambiant, il est nécessaire qu'elle puisse à certains moments se transformer », par exemple : augmenter son capital, entreprendre des affaires connexes. Mais si ce pouvoir de modifier les statuts est à ce point nécessaire, pourquoi supposer chez les associés une disposition d'esprit assez déraisonnable pour ne pas l'admettre implicitement en contractant ? Nous sommes ici sur le terrain de l'interprétation de la volonté, et de cette exécution de bonne foi des conventions dont parlent l'article 1124 du Code civil italien et les articles 1134 et 1135 du Code civil français.

modifications du statut social, puisque, par là, on interprète la volonté des parties, non plus dans leur silence, mais en apparence contre la lettre de son expression : en réalité, on en respecte l'esprit (396).

Et telle est l'opinion la plus accréditée dans la doctrine italienne à propos de l'association non reconnue. Pour *Giovene,* on doit reconnaître à la majorité, — sauf décision expresse en sens contraire des statuts —, le pouvoir de modifier les statuts, pour les mêmes raisons que dans les sociétés anonymes et aux mêmes conditions que détermine pour ces dernières l'article 158 du Code de commerce (sauf décision différente des statuts, le quorum doit être au moins des trois quarts du capital social, et la majorité, de la moitié au moins de ce capital) (397) : la majorité, ainsi définie, pourra «... varier ou modifier l'objet, l'espèce ou la fin de l'association, en décider la dissolution anticipée ou la fusion avec une autre association, ou apporter, en général, toute modification aux statuts » (398); sauf à admettre le droit de retrait de l'associé dissident dans les cas où l'admet le même article 158 du Code. De son côté, *Ferrara* préconise ici l'application pure et simple du principe de la majorité, et sans autres conditions particulières que celles qui seraient formellement prescrites par les statuts (399) : donc, simple majorité relative, en principe. Solution moins heureuse, du point de vue pratique, que la précédente, mais qui nous paraît seule

(396) cf. les observations de la note 395.

(397) Les articles 108 et 109 du Code de commerce admettent pour la société en nom collectif elle-même le principe de la majorité ; mais l'article 109 ne reconnaît à cette majorité que le pouvoir de prendre des décisions conformes aux statuts. Il faudrait à tout le moins tenir compte, par analogie, de cette limitation si on voulait étendre le principe de la majorité à l'association fermée.

(398) *Giovene*, op. cit., p. 141-2.

(399) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 1018.

admissible dans le silence de la loi : l'exigence d'une majorité et d'un quorum spéciaux ne laisse pas d'être arbitraire de la part de l'interprète, et une détermination impérative, aussi détaillée et précise, ne se justifie que chez le législateur.

Il y a, pourtant, des limites à cette omnipotence de la majorité. D'abord, si les statuts peuvent être, en principe, modifiés par l'assemblée générale, ce n'est à dire que celle-ci ait le droit de prendre une décision particulière contraire aux statuts sans les amender au préalable par un vote à portée générale ; c'est en ce sens qu'on peut admettre avec *Sraffa* le recours aux tribunaux contre une décision de l'assemblée en opposition avec les statuts, « étant donné que qui viole les règles du statut, soit dans la forme, soit dans la compétence, soit d'une autre manière, viole en substance la loi du contrat à la protection de laquelle ne peut être refusée l'action en justice » (400). Ensuite, les statuts peuvent avoir conféré à certains membres des droits individuels privilégiés (« droit à la présidence ou à des offices spéciaux, vote renforcé »), qui, par leur caractère même de privilèges, doivent être à l'abri d'une abolition par décision de majorité à laquelle n'adhérerait pas le bénéficiaire (401). Et indépendamment de ces prérogatives,

(400) *Sraffa*, note sous Tribunal Turin, 3 juin 1914, dans *R. d. comm.*, 1914, II, p. 912 (Dans l'espèce, les associés demandeurs se plaignaient de ce que, dans l'assemblée générale pour l'élection du conseil, auraient été admis des associés qui n'en avaient pas le droit d'après les statuts.) — Sic, *Giorgi* (à propos, il est vrai, des associations reconnues, mais son raisonnement aurait la même portée pour l'association non reconnue). Il ajoute que l'interprétation des statuts est de la compétence judiciaire ; mais, puisqu'il s'agit de l'interprétation d'un contrat, sans que la question puisse être portée devant une Cour de Cassation (cf. Cass. Turin, 21 février 1885, dans *G. tor.* 1885, p. 274). (cf. *Giorgi*, op. cit., VI, p. 496).

(401) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 1019 — cf. aussi p. 819-821, à propos des associations reconnues auxquelles il renvoie.

les associés ont un droit acquis, nous semble-t-il, à l'égalité de traitement, en sorte que l'assemblée générale ne pourrait apporter aux statuts une modification de nature à diminuer, au détriment de quelques associés seulement, les avantages offerts par le groupe ; droit, encore, à ce que le but de l'association ne soit pas transformé au point de n'avoir plus rien de commun avec le but primitivement fixé (402) ; droit de l'associé à n'être pas exclu de l'association par un vote méconnaissant les conditions de fond ou de procédure reconnues par les statuts au moment de son admission (403). A ces divers points de vue, le consentement unanime nous semble requis pour autoriser le changement des statuts, car il y a là des garanties que l'équité, la sécurité des associés, et, par dessus tout, leur volonté présumée commandent de soustraire à toute atteinte : ils forment les droits réservés des membres (404).

N° 33. La question du recours à l'autorité judiciaire contre les décisions de l'assemblée générale, — dont nous venons de dire un mot, et que nous retrouverons plus à loisir à propos de l'exercice par l'association du pouvoir disciplinaire (cf. infra, chap. XV) —, a

(402) cf. *Michoud*, op. cit., II, p. 4 et sq., à proos de l'association sous la loi française du 1er juillet 1901. — sic, pour le changement de but : article 33 du Code civil allemand, pour l'association personne morale. — La loi française du 22 novembre 1913, qui a mis fin à la discussion précitée sur les sociétés anonymes (au moins, les sociétés postérieures à cette loi), réserve de son côté la nationalité de la société et l'aggravation des engagements des actionnaires.

(403) A ce sujet, cf. infra : chap. XV et les auteurs italiens cités. — cf. aussi Michoud, op. et loc. cit.

(404) Le tribunal de Bologne, le 29 mars 1900 (*Monitore giur.*, 1900, p. 201) a jugé que les délibérations de dissolution devaient en principe être prises à l'unanimité ; (cité par *Ascoli et Commeo* sur *Crome*, cités, p. 182, note a). Il ne semble pas qu'on se trouve là, pourtant, dans le domaine des droits réservés des membres.

fait l'objet en Italie de plusieurs doctrines successives. *Bianchi* (405) proposait de distinguer les vrais rapports contractuels, générateurs de droits et d'obligations civils, d'avec les rapports de pure administration interne, ou encore de caractère politique (406). Les premiers seraient du ressort des tribunaux : par exemple, obligation pour l'associé de payer sa cotisation, obligation pour l'administrateur de rendre compte ; les seconds : contestations sur le point de savoir auquel des associés revient la garde de certains objets, contestations sur l'usage de ces objets, sur les attributions du conseil d'administration ou de l'assemblée, échapperaient à tout contrôle judiciaire pour être souverainement débattus au sein de l'association par les organes compétents. Mais *Lessona* (407) et *Giovene* (408), empruntant un des exemples mêmes avancés par *Bianchi* : la réglementation de la garde de certains objets, ont montré que les décisions de l'assemblée sur l'administration interne ne sauraient, par ce seul caractère, échapper au regard de l'autorité judiciaire : si les statuts, par exemple, réservent à l'associé le plus ancien la garde d'un objet social, l'assemblée générale ne pourrait la confier à un autre sans s'exposer à l'action en justice de l'associé le plus ancien (409). Et il ne faut pas objecter avec *Rodino* (410)

(405) *Corso di diritto civile*, IV, n° 17, cité et combattu par *Lessona* et *Giovene*, op. et loc. cit. notes 407 et 408.

(406) Sur ce dernier point, *Rodino*, art. cit., dans *A.G.*, 1893, p. 193, invoque bien à l'appui une décision de la Cour d'Appel de Rome du 25 juin 1872 (*G.I.*, 1873, p. 1098) ; mais cf. dans *Lessona*, art. cit., dans *R. d. comm.*, 1910, I, p. 383, les raisons, étrangères à notre question, sur lesquelles s'appuie cet arrêt.

(407) art. cit., dans *R. d. comm.*, 1910, I, p. 384.

(408) op. cit., p. 152.

(409) Et même une modification aux statuts par disposition générale ne serait pas ici admissible, puisqu'on est en présence d'un droit individuel privilégié (cf. supra, n° 32).

(410) art. cit., dans *A.G.*, 1893, p. 191.

que si les statuts ont déterminé les pouvoirs de l'assemblée générale, les associés, en établissant ces pouvoirs, ont naturellement voulu exclure toute autre compétence : sans doute, les associés peuvent, à l'avance, désigner un arbitre qui décidera de tout ou partie de leurs contestations éventuelles (411), mais l'arbitre ne saurait être une des parties elles-mêmes, ou une personne qui représente une des parties, ou qui a un intérêt personnel au procès (412), comme le serait l'assemblée générale ou un organe quelconque de l'association (413) ; et « qu'on n'invoque pas la maxime : *volenti non fit injuria,* car elle a sa limite dans les règles d'ordre public » (414). Sans doute, si la délibération est sans contenu juridique, — vote de félicitations ou de blâme à une personnalité, décision d'une association d'agrément d'organiser ou non une partie de foot-ball, ou d'une association politique de s'abstenir de la lutte électorale —, elle est du seul ressort de l'assemblée, et on ne conçoit pas que sa décision et son bien-fondé soient portés devant les tribunaux (415). Et de même, lorsque l'association, à défaut de disposition statutaire, règle comme elle l'entend tout ce qui se rapporte à son administration interne : ainsi, lorsque, dans le silence des statuts sur ce

(411) La clause compromissoire n'est pas interdite en Italie : cf. vg, art. 12 in principio du Code de procédure civile.

(412) cf. Cass. Rome, 29 décembre 1915 (*G.I.*, 1916, I, p. 89).

(413) Tout au plus, peut-on dire, avec *Giorgi* (op. cit., VI, p. 496), —il vise d'ailleurs l'association reconnue —, que le conflit doit être alors porté d'abord devant le corps délibérant, et seulement ensuite à l'autorité judiciaire. Cette prétention même est repoussée par le Tribunal de Trani, le 27 février 1914 (dans *R. d. comm.*, 1914, II, p. 908).

(414) cf. *Lessona*, art. cit., dans *R. d. comm.*, 1910, I, p. 385-8.

(415) sic Appel Cagliari, 23 novembre 1893, dans *Giurispr. sarda* 1894, p. 17, cité par *Lessona*, art. cit., p. 384).

point, elle confie la garde de tel objet social à tel associé (416). Mais rien n'autorise à poser en principe que tout ce qui concerne l'administration interne du groupe échappe au contrôle des tribunaux : dès que les statuts sont violés par une décision particulière, ou que l'assemblée générale y apporte une modification à portée générale au mépris des droits réservés des membres (cf. supra, n° 32), le contrat est violé et ouvre à l'associé lésé l'action en justice.

---

(416) cf. *Lessona*, art. cit., p. 384 ; *Giovene*, op. cit., p. 152-3.

Chapitre XII

Rapports des associés avec leurs représentants

N° 34. Les associés sont liés à leurs représentants par un rapport juridique de mandat : controverse. — N° 35. Il faut donc appliquer à ce mandat les règles générales du Code civil sur les conditions de validité du mandat : le mandat spécial, le mandat formel, le mandat conçu en termes généraux. — N° 36. Par le fait même du contrat d'association et de la nomination d'un président, il y a mandat présumé entre les associés et le président. — Comment la théorie de *Pacchioni* sur la « cause légitime de représentation » peut se ramener au mandat présumé ; comment, à elle seule, elle laisse sans explication les rapports entre les associés et le président. — Application des règles générales de la preuve au mandat présumé : c'est la preuve du contrat ou du fait dont découle le mandat qui doit être rapportée. — N° 37. Mais ce mandat présumé ne comprend que les actes d'administration, conformément à l'article 1988 du Code civil.

N° 34. Si l'assemblée générale des associés, dont les décisions sont prises à la majorité — ou à l'unanimité des membres dans le groupement fermé — se réserve habituellement la solution des questions les plus graves, elle nomme aussi des représentants, chargés d'expédier les affaires courantes qui intéressent le groupe.

L'association ouverte s'organise naturellement sous un régime parlementaire, où le pouvoir législatif appartient à l'assemblée, et où les représentants, nommés et révoqués par l'assemblée, sont responsables devant elle et exécutent ses décisions. Ces représentants, président, conseil exécutif, peuvent être multiples; et alors, ou « ils ont la faculté d'agir séparément, ou ne sauraient rien faire l'un sans l'autre, ou encore agissent comme un collège délibérant à la majorité des voix » (417). En tous les cas, ils sont liés aux associés par un rapport juridique de mandat (418) : telle est, du moins, la thèse nettement dominante tant en doctrine qu'en jurisprudence (419). Les objections que lui ont adressées *Pac-*

(417) *Giovene*, op. cit., p. 132.

(418) Nous élaguons délibérément ici, pour en renvoyer l'étude à notre IIe Section ci-dessous, tout ce qui concerne les conditions d'efficacité et les effets de ce mandat vis-à vis des tiers. Toutefois, le cours même des explications entraînera naturellement quelque allusion à cette question distincte, mais solidaire de la nôtre.

(419) cf. dans ce sens, *V. Scialoja*, résumé, cité, de *Ihering*, dans *A.G.*, 1880, p. 473. — *Giorgi*, op. cit., I, p. 170 ; et note dans *F.I.*, 1891, I, p. 21 et sq. — *Chiovenda, Principii di diritto processuale civile* n° 35. — *d'Amelio, Sulla capacita giuridica degli enti di fatto*, dans *Rivista di diritto pubblico*, 1909, II, p. 42 et sq. — *Barsotti, La capacita processuale delle associazioni private di personalita giuridica, dans Cassazione Firenze*, 1906, n°s 13 et sq. — *Coviello N.*, op. cit., p. 230-1.— *Brugi*, art. cit., dans *R. d. comm.*, 1906, II, p. 235 et sq ; et compte-rendu cité, dans *R. d. comm.*, 1915, I, p. 873-4. — *Mortara, Commentario del codice et delle leggi di procedura civile*, II, p. 718. — *Giovene*, op. cit., p. 132-3 (son adhésion partielle à la thèse adverse de *Pacchioni* se combine avec l'idée de mandat, qu'il maintient ferme dans les rapports internes (cf. infra, n° 36, note 435). — *Ferrara*, op. cit., p. 1017-8. — *Strani, Un preteso caso di danno morale per l'espulsione di un socio da un circolo di divertimento*, 1915. — (Nous empruntons quelques-unes de ces références à *de Valles, La condizione giuridica e processuale degli enti di fatto*, dans *R. d. civ.*, 1918, p. 3 et sq.

chioni (420) et *de Valles* (421) ne nous paraissent pas convaincantes. Si les membres de l'association ouverte ne peuvent, séparément, citer le président pour rendre compte de son mandat, c'est que dans cette vérification, comme dans l'exercice de tout droit, chacun des associés est lié par le pacte social, et par le principe de majorité découlant, explicitement ou implicitement, de ce pacte, et qui domine toute l'activité des associés en tant que tels : les associés visent à donner à leur groupe le régime corporatif, qui seul lui convient ; et nous savons que la volonté des contractants ne saurait rencontrer d'obstacle dans les rapports internes (cf. supra, chap. VIII n° 27, et chap. XI n° 32), où elle n'a d'autres limites que le licite et le possible. La même raison suffirait à justifier l'absence de droit individuel des associés à révocation, si ce droit par ailleurs ne leur était déjà supprimé par le caractère callectif du mandat, le mandat constitué dans l'intérêt commun des mandants ne pouvant être révoqué que de leur consentement unanime (422), (dans l'association ouverte, du consentement de la majorité, dont les membres se sont engagés à subir les décisions) (423). Enfin, on déclare que l'application des règles du mandat entraînerait la solidarité des co-mandants envers le mandataire, et que l'ar-

(420) *Modi e limiti in cui risponde un comitato per obbligazioni derivanti da contratti con terzi, anche se stipulati dal solo presidente*, dans *R. d. comm.*, 1907, II, p. 249-251.

(421) article cité note 419 in fine, p. 18-20.

(422) cf. *Baudry-Lacantinerie et Wahl*, *Du mandat* 3ᵉ édit., 1907, n° 821. — Aux deux objections ci-dessus, *Giovene*, op. cit., p. 76-77, répond par une argumentation analogue.

(423) Dans l'association fermée, si l'on refuse avec nous d'admettre le principe de la majorité, le mandataire peut être tenu de rendre compte aux associés individuellement. Par contre, dans l'association fermée elle-même, comme aussi dans la société civile, le caractère collectif du mandat s'oppose, selon nous, à la révocation individuelle du mandataire même non statutaire.

ticle 1726 du Code civil (= 1862 Code civil français) n'admet pas cette solidarité dans la société (ou l'association) : mais il faut, croyons-nous, observer : d'abord que l'article 1726 ne repousse pas du tout la solidarité des associés mandants, puisque, placé sous la rubrique « Des obligations des associés envers les tiers », il s'occupe des effets externes de la société, et dans cet ordre d'idées dispose que les associés ne sont pas obligés *in solidum* des dettes sociales : mais la question de la solidarité des associés co-mandants envers l'associé mandataire reste entière. Cette solidarité même est d'ailleurs à repousser dans l'association ouverte, parce que les associés ne manquent guère de stipuler — et nous soutiendrons, dans notre deuxième section, que, dans le silence des statuts, l'esprit du contrat commande de sous-entendre cette clause — qu'ils limitent leur responsabilité dans les affaires sociales à leur quote-part dans les biens sociaux : or, si cette clause, comme nous le dirons ci-dessous (n° 57), a donné lieu à de graves débats en ce qui concerne son efficacité vis-à-vis des tiers, elle ne saurait soulever de difficultés dans les rapports entre associés (424).

Le représentant du groupe est donc lié à celui-ci par un rapport de mandat. Parler d'organe, ici, serait parler en métaphore. Mais en est-il autrement dans l'association reconnue ? « La théorie qui, à propos des personnes juridiques, conçoit les individus qui agissent pour elle, non comme des représentants, mais comme des organes, parties intégrantes de la personne juridique, tels que sont dans l'organisme physique, le cerveau, la bouche, les mains, etc., énonce un concept

(424) La solidarité des co-mandants n'est pas d'ordre public. Elle était expressément imputée à la volonté probable des parties par *Domat*, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre I, titre XV, section 2 (cf. *Baudry-Lacantinerie et Wahl*, Du mandat, n° 756).

inacceptable. Car, poussée à ses extrêmes limites, cette thèse conduirait à la conclusion absurde qu'entre la personne juridique et ses organes ne subsistent pas de rapports de droit, et que l'individu organe perd sa personnalité, qui est absorbée dans celle de l'être juridique. Et, puisqu'il faut repousser de telles conséquences, la différence entre représentant et organe est purement verbale ; car là où il y a deux personnes dont l'une agit au nom de l'autre, on a précisément la représentation » (425).

(425) *Giovene*, op. cit., p. 132-133. — cf. aussi *Coviello N.*, op. cit., p. 208. — « C'est une pure affirmation a priori, observe *Ferrara*, que de déclarer l'acte de l'organe acte de la corporation, par opposition à l'acte du représentant qui produirait seulement effet pour le représenté. L'observation réelle dés choses démontre précisément le contraire : à savoir que l'acte de l'organe est un acte individuel, un acte de volonté qui émane d'une personne physique, et qui n'est rattaché à la personnalité de l'être juridique que par le droit objectif. » (op. cit., p. 626). Et il ne sert à rien de distinguer avec *Michoud* (op. cit., I, p. 134), sur les traces de *Jellinnek* (*Allgemeine Staatslehre*, p. 548), l'organe et le porteur d'organe ; et de dire que l'organe comme tel ne possède aucune personnalité distincte de celle de l'être moral, mais que, par contre, la personne physique qui exerce la fonction de l'organe conserve naturellement sa personnalité propre ; en effet, «... c'est, dès lors, une équivoque que de répéter encore que, tandis que le représentant et le repré-té sont deux personnes, l'être et l'organe en forment une seule : car organe ne peut être mis en antithèse avec représentant ; et le terme corrélatif de représentant, c'ést : porteur d'organe. Il est donc inutile de dire que l'organe abstrait est absorbé par l'être, — et non le représentant par le représenté —, puisque, si on veut faire la comparaison sur une base homogène, c'est entre représentant et porteur d'organe, (non : organe), qu'il faut l'établir. »(*Ferrara*, op. cit., p. 629-630). — D'autre part, « il n'est pas exact de dire avec *Michoud* (op. cit., I, p. 142) que le cercle d'attributions de l'organe est plus ample que celui du représentant, car les états subjectifs (bonne foi, connaissance, dol, erreur) aussi bien du représentant que de l'organe influent sur la position juridique de celui dans l'intérêt de qui on agit.»(*Ferrara*, op. cit., p. 627 — adde : p. 815-817). — Ce rapprochement entre la représentation de l'association personne morale et de l'association non reconnue intéresse au moins autant la situation des associés vis-à-vis

N° 35. Mais si les représentants sont liés aux autres associés par un rapport juridique de mandat, c'est à l'application pure et simple des règles du mandat qu'il faut, nous semble-t-il, recourir. D'abord, il est quelques cas où la loi requiert l'existence d'un mandat spécial, c'est-à-dire où le mandat doit être renouvelé pour chaque espèce, et ne saurait être donné à l'avance, même expressément, pour tous les actes du même genre qui viendraient à se présenter : les hypothèses les plus intéressantes se réfèrent à la procédure (par exemple, serment décisoire : article 221 code de procédure civile). D'autre part, le pouvoir de procéder à des actes solennels doit être lui-même conféré dans les formes requises pour l'acte même, toutes les fois que la solennité est établie par la loi pour protéger l'indépendance du contractant ou attirer son attention : ainsi, le mandat d'hypothéquer doit être donné par écrit (426) ; de même, les ventes d'immeubles, les constitutions d'usufruit et de servitude étant soumises, d'après l'article 1314 du Code civil, à l'acte écrit « sous peine de nullité », il en résulterait logiquement que le mandat de procéder à ces actes juridiques devrait être lui-même écrit, mais la question est discutée en jurisprudence (427) ; cette exigence, d'ailleurs,

des tiers ; on conviendra qu'il était intéressant de l'établir ici même, si l'on observe que c'est la persistance de la personnalité propre du soi-disant organe et l'existence de ses rapports avec l'être moral, — autrement dit : les rapports internes entre représentant et représenté —, qui s'opposent le plus nettement, et chez la personne morale elle-même, à l'adoption de la théorie de l'organe.

(426) L'hypothèque peut être constituée par acte sous seings privés. (article 1978 Code civil).

(427) Ainsi, un arrêt de la Cour de Cassation de Turin, du 13 mai 1914 (*G. I.*, 1915, I, 1, 52) déclare que le mandat de vendre ou d'acheter un immeuble peut être conféré verbalement. — Sic Cassation Turin, 4 décembre 1914 (*G. I.*, 1915, I, 1, 152), qui oppose,

n'a rien de commun avec celle de la spécialité du mandat, et serait valable, par exemple, un mandat écrit donnant au mandataire pouvoir général d'hypothéquer tous les biens du mandant. Enfin, le mandat conçu en termes généraux ne comprend que les actes d'administration (428) : si le mandant veut conférer des pouvoirs plus étendus au mandataire, le mandat doit être exprès (article 1741 Code civil = 1988 Code civil français), c'est-à-dire indiquer explicitement la nature de l'acte ou des actes auxquels est habilité le mandataire. Ainsi, pour que le représentant puisse compromettre, transiger, aliéner (si ce n'est pour payer les dettes de l'association, ou s'il s'agit d'objets sujets à dépérir), hypothéquer, intenter une action immobilière pétitoire ou en partage, il sera nécessaire que les associés aient expressément donné cette portée à leur mandat ; soit même, d'ailleurs, d'une manière générale et pré-

pour les distinguer, mandat écrit et mandat exprès, et n'admet pas la nécessité de l'écrit dans les rapports entre mandant et mandataire ; même au point de vue de la preuve (?) — Appel Catanzaro, 18 juin 1918 (*M.T.*, 1919, p. 249 et sq.) admet la nécessité de la forme solennelle de l'écrit, aux termes de l'article 1314, quand le mandant veut agir directement contre le tiers, parce que, alors, l'acte passé par le mandataire l'est, en réalité par le mandant ; mais si le mandataire traite en son nom, peu importe alors que le mandat soit ou non écrit : toutefois, l'écrit, même alors, sera nécessaire, mais exclusivement au point de vue de la preuve, si une difficulté s'élève entre mandant et mandataire, et en conformité avec les règles générales sur la preuve des contrats. — Voir dans *Baudry-Lacantinerie et Wahl*, *Du mandat*, n° 479, des décisions plus anciennes dans les deux sens.

(428) Ce qui n'exclut pas nécessairement tout acte de disposition; nous faisons nôtre à cet égard, la formule de *Baudry-Lacantinerie et Wahl, Du mandat, n°* 523 . « Le mandataire général peut faire tous les actes, même de disposition, qui ont pour objet l'administration ».

ventive dans les statuts (429). Ces restrictions, toutefois, ne sont pas toujours admises, en doctrine et en jurisprudence, comme nous aurons bientôt l'occasion de le préciser à propos du mandat tacite (cf. infra, n° 37, in fine).

N° 36. Le mandat conçu en termes généraux lui-même, les statuts ne le contiennent pas peut-être ; d'ailleurs, il peut même ne pas exister de statuts. Mais il n'est pas douteux que si se révèle la volonté implicite des associés de donner mandat à certains d'entre eux, le mandat est parfaitement valable, car l'article 1738 du Code civil (contrairement à l'article 1885 du Code civil français) prévoit le mandat tacite. La doctrine récente va plus loin : le seul fait de l'existence d'un directeur ou président implique que les associés ont entendu autoriser celui-ci à les représenter : selon que l'on envisage le côté externe ou interne du rapport, on dira que le président est, de droit, représentant des associés vis-à-vis des tiers, ou qu'il est lié aux associés par un mandat présumé (430). Il s'agit, en som-

(429) Il ne faut pas, en effet, confondre le mandat exprès et le mandat spécial ; là où est exigé un mandat exprès, le mandat doit bien spécifier la portée du pouvoir, la nature de l'acte ou des actes, mais il peut habiliter, une fois pour toutes, le mandataire à tous actes rentrant dans la catégorie spécifiée.

(430) En sens contraire, *Mortara*, op. cit., t. II, p. 718 : « La circonstance qu'il y a un président ou directeur... établi conventionnellement ne suffit pas pour attribuer qualité à ces organes pour représenter en justice les membres de la société ou de l'association ; mais il est nécessaire que les statuts ou l'acte de nomination du président contiennent des indications aptes à faire comprendre, à l'aide d'une interprétation rationnelle, qu'une telle faculté a été conférée : ce que doit vérifier, espèce par espèce, le magistrat, sans y apporter d'ailleurs une rigueur absolue ni exiger des expressions sacramentelles. » On ne peut opposer plus clairement le mandat tacite, qu'exige cet auteur, au mandat présumé, qu'il repousse au contraire, et que nous allons distinguer au texte.

me, d'appliquer à notre matière de l'association la distinction générale ainsi présentée par *Tartufari* : « A côté du mandat tacite, et comme une espèce particulière de mandat tacite, il y a le mandat présumé, qui a sa base juridique dans certains rapports personnels intervenus entre le représentant et le représenté ; rapports qui se peuvent grouper sous trois chefs distincts : famille, société, louage de services » ; mandat présumé donné à la femme mariée ou à la concubine en ce qui concerne les dépenses du ménage ; au domestique par le patron, pour les fournitures courantes ; enfin, «... chacun des associés est présumé par la loi, à défaut de pacte spécial, mandataire et préposé des autres, avec pouvoir de les obliger, *pro parte* ou *in solidum*, pour tout ce qui regarde l'objet et les intérêts de la société : article 1723 du Code civil (= 1859 Code civil français) ; articles 107 et 116 du Code de commerce ». Ainsi, la loi elle-même attribue au seul fait du contrat de société, et à défaut de pacte spécial, la vertu de lier par un mandat les associés les uns aux autres ; remarquons, pourtant, que l'article 1723 du Code civil, pour nous en tenir à lui, ne reconnaît aux associés qu'un mandat d'administrer, et que le pouvoir général pour un associé d'obliger les autres, aux termes mêmes de l'article 1726 (= 1862 Code civil français), doit lui avoir été conféré par ses co-associés, — et nous aurons à revenir sur ce point. — « Tandis que le mandat tacite, continue *Tartufari*, requiert un complexus de circonstances de fait les plus variables, et à démontrer en chaque espèce, le man-

— (Au surplus, à ce sujet de la représentation en justice, qu'envisage *Mortara*, on verra ci-dessous (n° 37), que le mandat, selon nous, ne peut se présumer que si cette représentation constitue un acte d'administration, par exemple s'il s'agit de défendre au procès, ou de poursuivre le recouvrement des créances sociales).

dat présumé, lui, surgit de lui-même, et sans plus, des rapports personnels, que nous avons énumérés, antérieurement établis entre les parties ; et il s'impose au mandat avec la contrainte inéluctable d'une nécessité juridique. En conséquence, tandis que, dans le mandat tacite, le prétendu mandant peut combattre par la preuve contraire les faits et les indices recueillis à sa charge, soit en les attaquant dans leur existence matérielle, soit en soutenant qu'on doit leur donner une interprétation différente ; au cas, au contraire, de mandat présumé, une telle défense lui est refusée ». (431)

En résumé, — et *Tartufari* en faisait l'expresse application à la société : tous les associés sont réputés, en l'absence de tout pacte, s'être constitués respectivement mandataires ; ou bien, dirons-nous, s'ils nomment un président, avoir confié mandat à ce dernier, — en résumé, il y a des situations juridiques, ou quelquefois de fait, qui révèlent de la part d'un individu une volonté non équivoque, et qu'il ne saurait contester, de donner mandat à un autre. Observons, dès maintenant, que dans les rapports de l'association avec les tiers, ce mandat présumé pourra être invoqué par les associés contre les tiers qui ont contracté avec le mandataire, et par ces tiers contre les associés ; et que, sous cet aspect, le mandat présumé ressemble étrangement à cette « représentation de droit » que préconise *Pacchioni* (432), dont nous parlerons ici même, parce que dans les rapports internes, entre associés, la construction de cet auteur ne se montre pas satisfaisante à notre gré. Posant nette-

(431) *Tartufari, Della rappresentanza nella conclusione dei contratti* dans *Archivio giuridico*, 1890, tome 44, p. 107-8.

(432) Art. cit., dans *R. d. comm.*, 1907, II, p. 249-253.

ment la distinction entre les rapports de mandant à mandataire d une part, et la représentation du mandant par le mandataire vis-à-vis des tiers d'autre part, *Pacchioni* fait remarquer avec raison que mandat et représentation ne coïncident pas nécessairement; et que, de même qu'on peut imaginer un mandat sans représentation, comme dans le contrat de commission, on peut rencontrer également une représentation qui ne se fonde pas sur un mandat préalable : ainsi, dans la tutelle, la gestion utile ; et il conclut que si le droit positif « reconnaît de justes causes de représentation.., il n'en fixe pas limitativement le nombre ; et d'autant moins exclut-il qu'à des rapports donnés, non expressément disciplinés par la loi, on puisse par analogie attribuer les qualités et les effets d'une juste cause de représentation » ; et cela, sans recourir à l'idée de mandat, lequel concerne proprement les rapports internes, entre mandant et mandataire, peut être accompagné ou non de représentation, mais ne constitue pas la seule source possible de représentation. Or, d'après *Pacchioni,* les comités promoteurs, — car c'est à leur propos que l'auteur développe sa thèse, — nous offriraient un de ces cas de «*legittimazione rappresentativa* », de représentation de droit : les membres du comité seraient, par le fait même de l'existence du comité et de la nomination du président, représentés vis-à-vis des tiers par ce président, et engagés par ses actes, sans qu'il soit besoin de se demander si, dans les rapports internes du comité, les membres sont liés par un rapport de société, ou d'association, ou de mandat (cf. sur les comités promoteurs et leur nature juridique, chap. V, n° 16, supra). Mais il est permis de se demander avec *Brugi* (433) « si l'énumération par la loi des causes de *représentation de droit*

(433)compterendu cité, dans *R. d. comm.*, 1915, I, p. 874.

n'est pas limitative » ; n'apparaît-il pas, au contraire, qu'une personne ne peut être juridiquement représentée par une autre que si la volonté de la loi s'est exprimée à cet égard, ou si sa volonté propre à reconnu à autrui ce pouvoir : et l'on ne voit guère comment un moyen terme serait admissible. Là où *Pacchioni* admet une cause justificative extra-légale de représentation, il y a selon nous volonté implicite et non contestable du représenté de conférer pouvoir de représentation, et qu'est-ce à dire, si ce n'est : mandat présumé ? Car il ne faut pas croire, dirons-nous avec *Tartufari,* « que le mandat présumé ne puisse se ranger parmi les formes de représentation dérivant de la volonté du représenté : en effet, le fait d'établir ces rapports personnels particuliers, — qui font présumer le mandat —, dépend toujours de la volonté du représenté ; les conséquences seules, — à savoir le mandat, — en découlent nécessairement. » (434). Si l'on ajoute que la position de *Pacchioni* est restreinte, par hypothèse même, aux rapports avec les tiers et que, par suite, les rapports entre le président représentant et les associés représentés demeurent inexpliqués et privés de sanction (435), on se ralliera à la reconnaissance pure et simple d'un mandat présumé donné par les associés à leur président ou à leur conseil de direction.

Le mandat présumé reconnu entre associés et pré-

(434) art. cit., dans *A.G.*, 1890, tome 44, p. 108.

(435) *Giovene*, op. cit., p. 76-7, note fort justement que dans le comité promoteur, la « *legittimazione rappresentativa* » de *Pacchioni*, — qu'il adopte partiellement dans les rapports externes (op. cit., p. 193-4) —, ne rend pas compte des rapports internes, et ne dispense pas de reconnaître un contrat obligatoire d'association entre les membres du comité ; ni, ajouterons-nous, un rapport de mandat présumé entre les associés et le président, par suite du contrat même d'association et de la nomination du président.

sident du groupe, par le seul fait de la nomination d'un président, et en l'absence même de toute manifestation distincte de volonté, expresse ou tacite, des associés, ne faut-il pas admettre que la preuve du mandat présumé ne pourra se faire que conformément aux règles générales de la preuve des contrats ? c'est-à-dire qu'un écrit est nécessaire dès que l'objet du mandat dépasse 500 francs (article 1341 Code civil italien). S'il en est ainsi, le mandat, présumé n'est qu'un expédient décevant, et en fait le président ne pourra jamais invoquer ce mandat présumé contre les associés (436). Bien que le Code civil italien ne rappelle pas formellement les principes généraux de la preuve au titre du mandat (contrairement au Code civil français, article 1985, 1er alinéa), il est difficile de contester qu'ils s'appliquent au mandat, et au mandat tacite lui-même (437). Mais que faut-il prouver pour asseoir l'existence de ce mandat tacite qu'est le mandat présumé ? ici, « la tâche du demandeur est bien facilitée par les circonstances particulières grâce auxquelles le mandat existe : puisque ce mandat dérive nécessairement des rapports personnels intervenus entre représentant et représenté, il est aisé de comprendre que, là où de tels rapports sont admis et incontestés, il ne sera besoin d'aucune autre preuve ; il s'agit, en effet, d'un état de fait, dans les conséquences juridiques duquel l'élément objectif de nécessité est prépondérant au point d'enlever en quelque sorte toute importance à l'élément intentionnel... Seulement, c'est assez clair,

(436) La question est moins pressante pour les associés à l'encontre du président, puisque « l'acceptation peut être tacite et résulter de l'exécution même du mandat par le mandataire »(art. 1738, 2e alinéa = 1985, 2e alinéa Code civil français).

(437) cf. *Tartufari*, art cit., dans *A.G.*, 1890, tome 44, p. 108-9.

ces rapport préexistants, dont découle nécessairement le mandat, peuvent être, eux, contestés...; et alors, la preuve de ces rapports doit se faire par écrit... » (438), du moins s'ils constituent eux-mêmes un contrat (439), et s'ils sont invoqués — comme c'est ici précisément le cas — entre les parties à ce contrat préexistant, par exemple le président et les autres associés (voir aussi le renvoi à la note 438) (440).

N° 37. Par application à l'association de la théorie du mandat présumé, les associés et leur président sont *ipso jure* établis dans la situation de mandants et de

(438) *Tartufari*, art. cit., p. 109-110. — L'auteur a en vue la preuve, par les tiers, du mandat présumé — (car les tiers qui ont traité avec le mandataire et veulent agir contre le mandant ne peuvent être considérés comme des tiers, purement et simplement, par rapport au contrat de mandat et en ce qui concerne sa preuve : cf. à ce sujet notre IIe section, infra, chap. XVIII, n° 60, note 625) ; — mais le raisonnement vaut, avant tout, entre les parties au mandat.

(439) De même, la preuve du mariage sera rapportée par écrit par la femme ; et il n'en serait pas autrement de la preuve par le domestique du contrat de louage de services si un usage universel n'excluait pas l'écrit pour constater ce contrat. Au contraire, la nécessité d'une preuve écrite ne se conçoit même pas de la part de la concubine, puisque ce n'est pas un contrat, mais un simple fait qui donne naissance ici au mandat présumé.

(440) La fine distinction entre mandat tacite et mandat présumé concilie peut-être le différend entre la jurisprudence et certains auteurs, — (cf., sur ce différend, *Baudry-Lacantinerie et Wahl*, *Du Mandat*, n° 504) — sur la question de la preuve : conformément aux règles générales de la preuve, en dehors de l'aveu et du serment, un commencement de preuve par écrit serait indispensable pour étayer les présomptions et indices du mandat tacite, dont l'objet dépasse 150 francs (500 francs d'après l'article 1341 Code civil italien). Par contre, le mandat présumé, découlant nécessairement de certains actes juridiques ou situations de fait antérieurs, est imputé automatiquement aux parties, et c'est seulement ces actes ou situations antérieurs qu'il faut prouver, et conformément au droit commun de la preuve des contrats ou des simples faits.

mandataire ; la seule nomination du président est donc suffisante à cet effet, sans qu'il faille exiger un mandat, même tacite, distinct de l'acte de nomination. Mais l'étendue de ce mandat présumé ne saurait d dépasser, selon nous, celle du mandat exprès conçu en termes généraux ; elle ne comporte que l'administration, telle que nous l'avons décrite ci-dessus (n° 35, note 428). La conclusion semble fatale en présence de l'article 1741, 2e alinéa (=1988, 2e alinéa Code civil français) : « Quand il s'agit d'aliéner, d'hypothéquer ou de faire d'autres actes qui excèdent l'administration ordinaire, le mandat doit être exprès. « Cependant, *Tartufari* fait remarquer : « A la vérité, le 2e alinéa de l'article 1741 ne doit pas être séparé du 1er qui dispose : *Le mandat conçu en termes généraux ne comprend que les actes d'administration*. Si on interprète ces deux dispositions en tenant compte de l'intention qui les a inspirées et du nœud intime qui les réunit, on se persuadera aisément qu'elles n'en constituent en réalité qu'une seule, ayant pour but, non pas d'exclure en certains cas la possibilité du mandat tacite, mais bien seulement de déterminer l'extension du mandat exprès, conçu en termes généraux sans spécification du pouvoir par lui conféré. Mais cela n'infirme pas l'éventualité d'un mandat tacite, résultant des circonstances, qui, selon les cas, peuvent se référer aussi bien à des actes de disposition qu'à des actes d'ordinaire administration » (441). L'analyse ne manque pas de justesse ; mais nous doutons qu'elle puisse conduire à reconnaître cette étendue variable à l'espèce particulière de mandat tacite qu'est le mandat présumé : ici, en effet, les circonstances d'où l'on conclut à l'existence du mandat ne sont pas multiples et sujettes à interprétation, mais constituent un acte juridique ou une

(441) *Tartufari*, art. cit., dans *A.G.*, 1890, tome 44, p. 111-112.

situation de fait bien déterminés, tels qu'un contrat d'association et la nomination d'un président, le mariage, le concubinage, le contrat de louage de services ; ici, le mandat se présume automatiquement dès que ces divers actes ou situations sont constants, mais, en revanche, la source du mandat, identique dans tous les cas du même genre, n'offre aucun éclaircissement sur l'étendue du mandat ; la présemption de limitation des pouvoirs que pose l'article 1741 à propos du mandat exprès s'impose donc avec une rigueur au moins égale dans le mandat présumé (442). Nous conclurons que le mandat confié au président, qu'il soit exprès et conçu en termes généraux, ou seulement présumé grâce au contrat d'association et à la nomination d'un président, n'embrasse que les seuls actes d'administration. Les pouvoirs du président ne seront plus étendus que dans la mesure où les associés auront exprimé (cf. cependant note 442 supra) une telle volonté dans les statuts ou dans l'acte de nomination (443).

(442) A coup sûr, une circonstance indépendante du contrat d'association et de la nomination du président pourait révéler une plus grande extension du mandat, et ce mandat dépassant l'administration, quoique tacite, serait valable ; mais l'extension tacite ainsi donnée au mandat reste soumise à la nécessité du commencement de preuve par écrit (cf. n° 36 in fine, supra).

(443) Aboutissent en substance à une conclusion analogue; *Rodino*, art. cit. dans *A. G.*, 1893, I, p. 188. — *Giorgi*, op. cit., t. VI, p. 497 (à propos des associations reconnues); cf., toutefois, t. I, p. 170. — La Cour de Cassation de Florence, dans un arrêt du 9 mars 1914 (*R. d. comm.*, 1914, II, p. 845, et sq.), distingue très justement les actions en justice selon le contenu de la demande, et conclut qu'une action dont l'objet rentre dans les limites de l'administration peut être exercée par qui est muni du mandat d'administrer. — Mais la tendance générale est de ne pas distinguer et de reconnaître que la seule nomination du président l'habilite à toute action en justice :

cf. *Chiovenda,* op. cit., p. 486 ; *Giovene,* op. cit., p. 193-4 ; *Brugi,* compte-rendu cité, dans *R. d. comm.*, 1915, I, p. 875. (Ces auteurs s'occupent, d'ailleurs, des rapports avec les tiers, mais les deux questions sont liées si on fonde avec l'opinion dominante la représentation des associés sur un mandat, fût-il présumé). — La Cour de Cassation de Rome, dans un arrêt du 9 novembre 1882 (cité par *Rodino*, op. et loc. cit.), déclare qu'en organisant le groupe les associés ont entendu « donner mandat au président et au conseil de direction de faire non seulement tout ce qui serait nécessaire, mais tout ce qui serait propre aux intérêts de l'association ». — Attribuent aussi à la seule nomination du président cette habilitation à exercer toute action en justice deux arrêts de la Cour d'Appel de Milan du 22 novembre 1918 (*M.T.*, 1919, p. 281) et du 26 août 1919 (*M.T.* 1919, p. 691-2). En l'espèce, d'ailleurs, le mandat ne dépassait pas l'administration, puisqu'il s'agissait, au premier cas, de défendre au procès, et au second, de poursuivre le recouvrement d'une créance, mais les termes mêmes des arrêts sont beaucoup plus larges. — Nous retrouverons plus loin doctrine et jurisprudence au sujet de la représentation avec les tiers, où la question se pose bien plus souvent et doit être résolue, selon nous, à la lumière des principes ici dégagés.

CHAPITRE XIII

Des causes de dissolution de l'association, et du droit de retrait des associés

---

N° 38. Dissolution judiciaire. — But impossible, but atteint. — Terme fixé ; prorogation et dissolution anticipée abandonnées à la décision de la majorité dans l'association ouverte. — N° 39. La règle « nul n'est tenu de rester dans l'indivision » ne s'applique pas à l'association. — N° 40. La mort, l'interdiction, la faillite d'un associé mettent fin à l'association fermée, non à l'association ouverte. — Même dans l'association ouverte, la qualité d'associé n'est pas transmissible à cause de mort. — N° 41. Droit de l'associé à demander la dissolution dans le groupement à durée indéterminée ; substitution, à ce droit, de la faculté de retrait, dans l'association ouverte. — Dans l'association à durée déterminée, le droit de retrait n'est ouvert à l'associé qu'au cas d'inexécution de l'engagement des co-associés : application de la condition résolutoire tacite des contrats synallagmatiques.

N° 38. Le lien juridique d'association peut être rompu par des causes diverses, dont l'étude est particulièrement intéressante par suite du contraste frappant qu'offrent ces causes d'extinction dans l'association ouverte et dans la société civile ; et il n'y a rien là de

nature à surprendre si l'on a présents à l'esprit le caractère anonyme du groupement ouvert et l'absence d'*intuitus personæ* dans le contrat qui crée ce groupement.

Indépendamment et à l'encontre même de la volonté des associés, l'association peut être dissoute par l'autorité publique si son objet ou son activité apparaissent contraires à l'ordre public, et *a fortiori* s'ils tombent sous le coup d'une disposition précise de la loi pénale. Mais c'est par l'autorité judiciaire que doit être prononcée la nullité du contrat ou son extinction, selon que l'objet du groupement rend inefficace le contrat même ou que la contravention à l'ordre public ne s'est manifestée que postérieurement au contrat par l'activité subséquente du groupe ; le pouvoir exécutif ne saurait, de son chef, déclarer la nullité de l'association : sinon, nous semble-t-il, la liberté d'association, garantie par le *Statut fondamental* du royaume, serait illusoire ; mais, par l'intermédiaire du ministère public, l'autorité gouvernementale assurera la dissolution par le pouvoir judiciaire des associations illicites, et requerra en sus l'application des lois pénales s'il y a lieu (444).

La perte du patrimoine ne cause pas *ipso facto* la dissolution du groupe ; pas plus, d'ailleurs, que dans l'association reconnue, où l'existence effective d'un patri-

(444) La question de la dissolution de l'association est, effectivement, portée devant les tribunaux, comme on l'a vu par les décicions judiciaires citées ci-dessus (chap. I, n° 1). — Il arrive que le législateur intervienne lui-même pour dissoudre une association : ainsi, la loi du 25 août 1848, — contemporaine, d'ailleurs, des dispositions sur lesquelles on appuie la liberté d'association —, sur l'ordre des Jésuites, qui non seulement lui enlève la personnalité morale, mais en déclare la dissolution (cf. supra, chap. II, n° 5). — Toutefois, le gouvernement, qui s'était d'abord cru obligé de déférer aux tribunaux les membres des associations par lui dissoutes, la dissolution ne devenant en quelque sorte définitive que par la sentence de condamnation, a perdu ce scrupule dans la suite ; le Parlement l'a encouragé dans cette nouvelle voie, en particulier depuis 1878 : cf. *Grunebaum*, op. cit,. p. 154 et sq.

moine n'est pas une condition de la personnalité morale (445). C'est seulement si, en fait, en même temps que disparaît le patrimoine, cesse la possibilité de le reconstituer que l'association s'éteint, faute de pouvoir atteindre son but (446) : car le contrat d'association s'éteint quand le but du groupement devient irréalisable, comme aussi, par contre, si ce but est définitivement atteint. De même, encore, par l'expiration du temps fixé (cf. également, pour la société civile, l'art. 1729 Code civil, al. 1 et 2 = art. 1865 Code civil français, al. 1 et 2) ; toutefois, dans l'association ouverte, l'unanimité des membres ne serait pas, croyons-nous, nécessaire pour la prorogation au-delà du terme fixé, et suffirait à cet effet une décision de la majorité : du moins, dans les cas où, d'après les statuts ou les principes généraux, le patrimoine ne doit pas être partagé entre les membres : en effet, le droit pour les associés de se retirer (cf, infra n° 41) dissipe l'objection tirée d'une aggravation, par simple décision de majorité, des obligations des associés; puisque les associés dissidents peuvent se retirer, tout se passe pour eux comme si le groupement s'était dissous à la date fixée. Contrairement aussi à la règle de la société civile et de l'association fermée, la dissolution anticipée nous paraît, dans l'association ouverte, abandonnée à la décision de majorité ; le tribunal de Bologne, le 29 mars 1900 (cité supra, note 409) a, pourtant, exigé l'unanimité, et on pourrait peut-être invoquer dans ce sens que le retrait est toujours ouvert aux associés, et que rien ne s'oppose donc au maintien de l'association jusqu'au terme fixé

(445) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 437-447. — On se rappelle aussi que le Conseil d'Etat italien ne subordonne pas la reconnaissance à la justification de ressources actuelles (cf. supra chap. II, n° 3 in principio).

(446) cf. *Giovene*, op. cit., p. 207.

par les statuts, ce maintien ne fût-il demandé que par la minorité. Au surplus, prorogation et dissolution anticipée se poseront rarement dans l'association ouverte, généralement à durée indéterminée ; en tout cas, nous croyons légitime de nous en tenir au principe posé ci-dessus (n° 33) que la majorité est apte à prendre toute décision, même modifiant les statuts, qui ne porte pas atteinte aux droits réservés des membres tels que nous les avons décrits.

N° 39. Mais ici une objection ne manquera pas d'être adressée sans doute : comment les membres d'une association seraient-ils obligés à maintenir l'association pour la durée fixée aux statuts, puisque nul n'est tenu de rester dans l'indivision, et que les conventions contraires ne sont déclarées valables par la loi que pour une durée de dix ans (art. 681 ; comparez article 815 Code civil français) ? Ce terme maximum atteint, chaque associé ne pourra-t-il réclamer le partage, sans égard au terme plus éloigné établi en vain par la convention ? Remarquons d'abord que cette nécessité de subir le partage avant le terme statutaire, si elle existe, opèrera bien la cessation de l'indivision, mais non l'extinction pour les associés de l'obligation par eux contractée d'affecter les biens apportés au but social : autrement dit, ces biens seraient désormais possédés par eux à l'état divis, sans que l'affectation sociale, basée sur le contrat, cessât d'être obligatoire (447). Mais il faut rejeter cette prétendue nécessité, après dix ans écoulés, du partage anticipé sur la demande d'un associé : « L'article 815, — selon la remarque de *de Vareilles* —, n'a jamais voulu s'appliquer qu'à l'indivi-

(447) cf. *de Vareilles-Sommières*, *Le contrat d'association*, p. 74 ; *Personnes morales*, n°s 721-723. — On ne le contesterait que si l'on s'imaginait à tort que l'association ou la société est essentiellement basée sur une copropriété indivise (cf. supra, chap. X, n° 29).

sion, principale et isolée, si l'on peut dire ; à l'indivision état de fait sans but, ou bien moyen unique et purement passif d'obtenir certains résultats. Il n'a jamais voulu, il n'a pu vouloir s'appliquer à l'indivision qui n'est qu'un moyen accessoire d'atteindre un but à la poursuite duquel les intéressés affectent principalement leur industrie et des capitaux. La première indivision, l'indivision réduite à elle-même, ne peut procurer que de petits avantages (448), tandis que ses inconvénients peuvent être très grands; la seconde participe à la fécondité du capital et de l'industrie dont elle est la modeste auxiliaire ; ses inconvénients sont minimes et ses avantages considérables : l'article 815 outragerait le bon sens s'il s'appliquait à l'une comme à l'autre ; il vise seulement l'indivision pure, celle qui garde son nom, et non l'indivision encadrée dans un système de forces actives dont elle est l'utile support, celle qui perd pour ainsi dire son nom particulier dans le nom de société ou d'association. Tout le monde l'a parfaitement compris pour la société civile, tout le monde admet, bien qu'aucun texte ne le dise formellement, que l'article 815 ne s'applique pas à l'indivision qu'engendre la société civile... » (449). Répondra-t-on que, à défaut de ce texte formel, le Code civil, en réglementant le contrat de société, en particulier en ne prévoyant la volonté d'un associé comme cause de dissolution de la société qu'exclusivement dans les sociétés à durée illimitée, excepte, comme tacitement, le contrat de société du domaine d'application de l'article 815, et que cette exception ne doit pas être étendue ? Argu-

(448) Ainsi : éviter les frais d'un partage en justice, retarder une licitation inopportune, essayer de conserver un bien dans la famille (cf. *de Vareilles-Sommières*, *Personnes morales*, n° 743).

(449) *de Vareilles-Sommières*, *Personnes morales*, n°s 718-9.

ment *a contrario*, en somme, mais que rien ne légitime : n'est-il pas bien plutôt rationnel d'y reconnaître l'adoption par le législateur de notre thèse, à savoir : que c'est de la seule indivision principale et isolée que s'occupent l'article 815 et l'interdiction qu'il porte ; et que s'impose l'assimilation à cet égard de l'association et de la société, puisque, dans l'un et l'autre groupement, les motifs d'exclusion de l'article 815 sont identiques ? et, en effet, « le contrat d'association se distingue du contrat d'indivision exactement par les mêmes caractères que le contrat de société ; souvent, même, le contrat d'indivision se rapproche plus de la société que de l'association, car il a fréquemment pour but d'attendre le moment propice pour une liquidation avantageuse, donc de faire des bénéfices ». (450). En résumé, « l'indivision est une association d'un espèce particulière, d'une espèce inférieure, qui diffère profondément par l'extrême simplicité de ses procédés et par son peu de fécondité de toutes les autres associations, de toutes celles qui emploient les capitaux des associés et non pas seulement l'indivision de ces capitaux, l'activité des associés et non pas leur seule inertie. On comprend que la loi ait voulu que chaque associé pût toujours mettre fin à l'association ou société immobile qu'est l'indivision pure ; la civilisation reculerait si l'on étendait cette disposition aux associations ou sociétés civiles ». (451). Et telle est bien la conclusion unanime de la doctrine italienne (452).

(450) *de Vareilles-Sommières*, op. cit., n°s 718-9.

(451) *de Vareilles-Sommières*, op. cit., n° 742.

(452) cf. *Tartufari*, note citée, dans *F.I.*, 1907, p. 238. — *N. Coviello*, op. cit., p. 224, dont l'argumentation est identique à celle de *de Vareilles*. — *Giovene*, op. cit., p. 149 .— *Ferrara*, op. cit., p. 1017. qui oppose à cet effet « l'indivision morte, inorganique à l'indivision.. active, créée en vue d'atteindre un but ». — Dans

N° 40. Mais voici où l'association, du moins l'association ouverte, se sépare nettement de la société civile : la mort, l'interdiction, la déconfiture et la faillite d'un associé, qui mettent fin en principe à la société civile (article 1729, aliénas 3 et 4 Code civil ; comparez article 1865, aliénas 3 et 4 Code civil français), et, croyons-nous, aussi à l'association fermée, comme elle fondée rigoureusement sur l'*intuitus personæ* (453), ne sauraient évidemment avoir d'influence sur l'association ouverte, groupe anonyme, qui attend précisément l'efficacité et la portée de son action d'un renouvellement continuel des associés, de la substitution de nouveaux membres aux membres originaires (454). Mais est-ce à dire pour cela qu'il faut revenir, dans l'association ouverte, au principe général de la transmissibilité à l'héritier de tous les droits et obligations de son auteur, principe exceptionnellement écarté par le Code au titre de la société ? Autrement dit, puisque l'*intuitus personæ* n'a pas été déterminant dans le contrat d'association ouverte, la qualité d'associé n'y est-elle pas transmissible à cause de mort ? Non pas, et pas davantage cessible entre vifs (455). Sans doute, le groupe ouvert est-il fondé sur

la société et l'association, il y a une « *comunione* en mouvement » selon l'heureuse expression de *Carnelutti*, art. cit., dans *R. d. comm.*, 1913 I, p. 91 (cité par *Giovene*, op. cit., p. 88). — En France, dans le même sens, *Michoud*, op .cit., I, p. 420-432, dont l'argumentation ne s'appuie pas seulement sur l'article 4 de la loi française du 1er juillet 1901, mais a une portée générale. — *Crome* op. cit., traduct. *Ascoli et Cammeo*, p. 182-3, voyant dans l'association une copropriété en main commune. en tire la conclusion que l'absence de quotes-parts s'oppose nécessairement à ce qu'il soit parlé de partage (cf. supra, chap. VII, n° 20 in fine).

(453) en sens contraire. *Giovene*, op. cit., p. 143, qui exige pour lui appliquer ces règles de la société une clause expresse des statuts.

(454) sic *Giovene*, op. cit., p. 142-3. — *Ferrara*, op. cit., p. 1015-6.

(455) sic *Giovene*, op. cit., p. 148.

l'anonymat et l'*intuitus personæ* n'y est-il pas prépondérant ; n'exagérons rien, toutefois : les statuts peuvent édicter certaines conditions pour l'entrée dans l'association, et l'héritier ne les remplit pas nécessairement ; un syndicat professionnel, par exemple, est bien ouvert à tous, mais, bien entendu, à condition d'exercer la profession ; à condition aussi, le plus souvent, d'avoir son domicile dans telle ville ou région. D'ailleurs, l'entrée dans une association suppose presque toujours, soit des opinions religieuses ou politiques, soit des goûts déterminés, intellectuels, sportifs, de bienfaisance, qui diffèrent selon les individus : l'associé a certainement voulu restreindre rigoureusement à sa personne le lien contractuel, et ses co-contractants, de bonne foi, n'ont pu l'entendre autrement. La question, au surplus, est peu importante en pratique, par suite du droit de se retirer qui appartient aux associés comme nous l'allons dire dans un instant (infra, n° 41) ; toutefois, ce droit de retrait peut être soumis à certaines conditions, en particulier de préavis ; et il faut donc, sans s'appuyer sur lui, nier l'application au contrat d'association, même ouverte, du principe général de la transmissibilité à l'héritier des droits et obligations de son auteur : l'intention des parties autorise cette négation (456).

N° 41. **La volonté d'un associé est-elle susceptible** de mettre fin à l'association contractée sans limite de durée, comme le reconnaissent les articles 1729, 5°, et 1733 du Code civil (=1865, 5°, et 1869 Code civil

(456) Quant à la question de savoir quel est le droit de l'héritier sur les biens sociaux : dans l'association fermée, où la mort d'un associé est cause de dissolution, la liquidation se fait conformément aux règles indiquées ci-dessous (Appendice à la IIe Partie, n° 64 in princip.) ; dans l'association ouverte, où l'association continue, cf. infra chap. XIV, sur l'accroissement.

français) pour la société civile ? L'analogie semble concluante à l'égard de l'association fermée, sans préjudice d'une clause des statuts prévoyant pour chaque associé le droit de se retirer, avec ou sans préavis, avec ou sans abandon de sa quote-part (457). Par contre, dans l'association ouverte, même en l'absence de clause spéciale, l'application de l'article 1733 est insoutenable ; et, puisque l'association ouverte est un contrat tout différent de la société civile, il n'y aurait pas à justifier autrement cette distinction de traitement qui repose sur l'interprétation de la volonté des parties, si le principe même de l'article 1733 ne s'inspirait d'une considération d'ordre public tout à fait générale ; savoir : affranchir l'individu d'obligations dont la persistance le mettrait dans un état de sujétion vis-à-vis d'autres. Or, s'il est possible de donner satisfaction à cette préoccupation, sans appliquer pourtant l'article 1733 et compromettre irrémédiablement la vie du groupement, la volonté du législateur est sauvegardée : à cet effet, il faut reconnaître à chaque associé le droit de se retirer, même en l'absence de toute clause statutaire : « principe, dit *Ferrara*, qui se substitue à celui de l'article 1733, comme plus conforme à la nature de l'association, en ce qu'il permet à la fois de garantir la liberté individuelle de liens perpétuels et de rendre possible la continuation de l'entreprise de la part des autres

(457) *Michoud*, op. cit., I, p. 420-432, déduit de l'article 4 de la loi française du 1er juillet 1901 le droit de retrait de l'associé, et avec abandon de la quote-part. En droit italien, à défaut de texte, il nous paraît que dans l'association fermée tout comme dans la société civile est nécessaire une clause expresse des statuts, tant pour remplacer le droit de demander la dissolution par le droit de retrait, que, ce droit de retrait une fois admis, pour dispenser les autres associés d'attribuer une part à l'associé qui se retire.

associés ». (458). L'associé, en se retirant, peut-il demander une part proportionnelle des biens ou sa valeur, nous réservons la question, — qui se pose également lors de la mort d'un associé, vis-à-vis des héritiers de celui-ci —, pour l'étudier à part à raison de son importance. (cf. infra, chap XIV)

Le droit de retrait apparaît donc comme une des assises fondamentales du contrat d'association ouverte à durée indéterminée. Au contraire, si, par exception, l'association ouverte était à durée fixe, le droit de retrait n'apparaîtrait plus comme le substitut du droit de demander la dissolution, puisque dans tout groupement à durée limitée ce droit est par hypothèse exclu, sauf motif légitime : le droit de retrait ne saurait donc, lui, davantage, être abandonné à la volonté capricieuse des membres. Et c'est ainsi qu'à propos des comités promoteurs, qni peuvent être organisés en groupements ouverts, mais poursuivent une affaire à durée limitée (459), nous avons considéré les promoteurs comme tenus de demeurer dans le comité jusqu'à l'achèvement de l'entreprise (cf. supra, chap. V, n° 16, note 168). Le droit de retrait, alors, n'est ouvert à l'associé qu'exceptionnellement : s'il est justifié ; ainsi, on a vu (supra, chap. XI, n° 33) que le pouvoir de l'assemblée générale de prendre des décisions à la majorité trouvait ses limites dans les droits réservés des membres ; et qu'en cas d'atteinte à ces droits les associés pouvaient en faire assurer le respect par l'autorité judiciaire ; or, ils pourraient aussi,

(458) *Ferrara*, op. cit., p. 1017. — *Giovene*, op. cit., p. 150, semble subordonner cette substitution de règle à l'existence d'une clause statutaire en ce sens ; (et c'est ce que nous suggérions pour l'association fermée).

(459) Dans ce cas , comme le dit l'article 1708 in fine (= 1844 Code civil français), l'association est censée contractée pour tout le temps que doit durer cette entreprise.

et sans préjudice de dommages-intérêts, obtenir des tribunaux le droit de se retirer ; et ce ne serait là, croyons-nous, qu'une application, en ce qui concerne l'associé qui l'exerce, de l'action résolutoire des contrats synallagmatiques prévue par l'article 1165 du Code civil (= 1184 Code civil français). De plus, « il est clair que dans ce cas il n'y aura pas lieu à l'application des sanctions prévues par les statuts pour l'hypothèse de retrait injustifié : c'est ainsi que la Cour d'Appel de Turin, le 30 novembre 1905 (460), a justement décidé que, malgré la clause de réversion, — (cf. infra, chap. XIV) —, prévue aux statuts pour le cas de retrait volontaire de l'associé, il n'y avait pas lieu de refuser aux associés se retirant d'un cercle populaire le droit de demander leur quote-part, lorsque le retrait se trouvait justifié par la transformation du cercle, à qui les statuts interdisaient toute ingérence politique, en cercle de propagande subversive ». (461). Dans l'association fermée à durée limitée, des éventualités de ce genre constitueraient, comme dans la société civile, un de ces « justes motifs » qui autorisent l'associé aux termes de l'article 1735 (= 1871 Code civil français) à demander à l'autorité judiciaire la dissolution de l'association. (462)

(460) Dans *G. tor.*, 1906, p. 89.

(461) *Giovene*, op. cit., p. 149.

(462) Si, par suite de décès ou de retraits, l'association se voyait réduite à un seul membre, il ne nous paraît pas douteux que l'association cesserait. La question a été discutée pour l'association reconnue, sous l'influence du concept canonique, d'après lequel, alors, la corporation « desinit in actu, non habitu », et persiste « quoad juris intellectum » (cf. *Ferrara*, op. cit., p. 941-3),— *Chironi* semble admettre cette persistance de l'association même non reconnue, en se basant, sur « l'entité du patrimoine tournée vers un but déterminé. »(*Chironi et Abello*, op. cit., I, p. 174). — Si l'on admet avec la doctrine dominante qu'il n'y a dans l'association non reconnue rien autre chose que des associés, co-titulaires, copropriétaires par indivis, et unis par contrat, on admettra aussi que ce contrat, pour subsister, exige au moins deux membres.

Chapitre XIV

De l'accroissement, ou réversion de part

N° 42. Caractères de la clause d'accroissement. — Sa légalité. — N° 43. Comment elle aboutit à doter le patrimoine social d'une autonomie relative. — N° 44. Elle doit être sous-entendue dans l'association ouverte.

N° 42. Nous avons vu que dans l'association ouverte l'interprétation de la volonté des parties conduisait nécessairement, d'une part, à nier l'extinction du groupement par la mort d'un des associés, aussi bien que la transmission de la qualité d'associé, avec les droits et obligations corrélatifs, à l'héritier de l'associé décédé ; d'autre part, à refuser à tout associé, le contrat fût-il conclu sans limitation de durée, le droit de provoquer la dissolution et de demander le partage du fonds social, sans préjudice pour l'associé du droit de se retirer de l'association et de mettre ainsi fin à la convention en ce qui le concerne. Mais une question se présente alors naturellement à l'esprit — et nous avions demandé, à cet égard, crédit au lecteur — : l'associé est copropriétaire indivis des biens sociaux ; les héritiers de l'associé décédé, l'associé qui se retire, ne sont-ils pas fondés à réclamer, sinon une quote-part en nature de ces biens, — ce qui occasionnerait des partages continuels, certainement exclus par la volonté des parties, — du moins la valeur de cette quote-

part ? Et le patrimoine de l'association n'est-il pas, de ce fait, soumis à des diminutions successives qui risquent de le compromettre ?

Très souvent, la difficulté a été prévue, et expressément résolue par les statuts : ils disposent que la part de l'associé décédé ou défaillant accroîtra aux autres associés ; ils établissent, autrement dit, la *clause d'accroissement* ou de *réversion*. Cette clause a soulevé autrefois de multiples objections : elle est, en effet, de caractère assez subtil ; surtout, elle aboutit, dans une certaine mesure, à neutraliser les effets de la pluralité des titulaires, et à éviter au patrimoine social le morcellement qu'entraîneraient de droit commun la mort ou le retrait des membres. Et il n'en fallait pas davantage pour que cette ressemblance avec la personne morale rendît notre clause suspecte à plus d'un juriste. Examinons si cette suspicion est fondée ; brièvement, du reste, car la discussion ne revêt plus aujourd'hui la même acuité, et c'est une cause gagnée d'avance que nous nous proposons de défendre. (463)

La mort ou le retrait d'un associé constituent, en présence de la clause d'accroissement, la condition résolutoire du droit de copropriété de cet associé (464) ; ce n'est pas un terme extinctif qui met fin purement et simplement au droit de cet associé, mais un événement qui résout ce droit avec rétroactivité. D'après *de Vareilles,* la clause d'accroissement, parfaitement licite, ne saurait cependant faire obstacle au droit de demander le partage reconnu au membre de la société

(463) Nous nous inspirerons surtout de l'argumentation présentée par *de Vareilles* dans son *Contrat d'association*, et à laquelle *Giovene* particulièrement, en Italie, — (op. cit., p. 135-9). — a pleinement adhéré.

(464) Plus exactement, de tous les droits, réels ou non, de l'associé dans le patrimoine social.

civile à durée illimitée par l'article 1869 du Code civil français (= 1733 code civil italien) (465) ; si bien que la clause d'accroissement ne produirait ses effets à l'encontre d'un associé que si celui-ci n'y fait pas obstacle, et perdrait donc en somme son caractère obligatoire. Nous avons vu (supra, chap. XIII, n° 41) qu'on pouvait, tout au contraire, substituer en principe, dans l'association ouverte, au droit de demander le partage le droit de retrait, qui respecte également l'esprit de la loi. Mais n'est-ce pas, dès lors, à condition de permettre à l'associé ou à ses ayants-cause de réclamer une valeur correspondante à sa quote-part ? Pour *Giovene,* la clause de réversion se légitime en ce que, affectant d'une condition résolutoire le droit de propriété, c'est « une renonciation même au droit de propriété qu'elle comporte ; renonciation qui est toujours permise » (466). On ne saurait, d'autre part, découvrir dans notre clause un pacte sur succession future, interdit par la loi (articles 954 et 1118 Code civil italien — articles 791 et 1130 Code civil français) : précisément parce que la clause d'accroissement ne s'analyse pas en un acte de disposition contractuel d'une portion des biens qui seront compris dans la succession de l'associé, mais dans la prévision d'un événement futur et incertain, — la mort de l'associé avant la dissolution du groupement, — dont la réalisation anéantira rétroactivement, et sans laisser de trace, son droit de propriété indivis dans les biens sociaux ; puisque la réalisation de la condition annule rétroactivement le droit de l'associé dans les biens sociaux, ces biens ne lui ont jamais appartenu, ils ne font pas partie de sa succession, et le pacte social n'a

(465) cf. *de Vareilles-Sommières, Contrat d'association*, p. 175-6, et passim.

(466) *Giovene,* op. cit., p. 137.

donc pas disposé de partie de cette succession (467).

Condition résolutoire du droit de l'associé dans les biens sociaux, telle est la nature de la clause d'accroissement. Un des traits essentiels de cette convention, souvent méconnu, et sur lequel il faut donc insister, c'est le caractère onéreux qu'elle revêt. A l'observation superficielle, elle apparaît peut-être comme une libéralité (468) ; mais il suffit de rappeler que chacun des associés ne s'engage à abandonner sa quote-part au cas de mort ou de retrait qu'en échange d'un engagement équivalent de tous les autres ; si bien que le caractère de convention aléatoire se manifeste clairement. Et la remarque est exacte aussi à l'égard de l'associé futur, qui ne profitera de l'engagement des associés originaires qu'en souscrivant un engagement identique en leur faveur. Il est vrai que l'associé entrant dans l'association postérieurement au décès ou au retrait d'un autre associé, recueille le bénéfice de l'accroissement de la part de ce dernier, sans équivalent ; mais, en réalité, la clause d'accroissement n'a pas ici produit son effet juridique en la personne de ce nouvel associé, mais des seuls associés contemporains du défunt, qui, seuls, ont recueilli sa part (469).

Faute de saisir le caractère aléatoire de la clause d'accroissement, et par tant sa qualité de disposition à titre onéreux, on l'a déclarée entachée de substitution

(467) cf. *Giovene*, op. cit., p. 137. — La remarque suivante de *Ferrara* répond particulièrement bien à notre objection : « Il n'y a pas transmission de la quote-part du membre disparu à ses co-associés, mais une disparition de la quote-part, et, consécutivement, une extension élastique du droit des membres survivants sur le patrimoine de l'association » (op. cit. p. 1017).

(468) L'erreur a été commise par la jurisprudence française, notamment en matière fiscale : cf. *de Vareilles-Sommières, Contrat d'association*, p. 176.

(469) cf. *Giovene*, op. cit., p. 135-6.

fidéicommissaire, prohibée par les articles 899 et 1073 du Code civil (comparez article 896 Code civil français) (470) ; or, la charge de conserver et de rendre un bien, imposée dans un contrat à titre onéreux ne constitue pas une subtitution prohibée : celle-ci, en effet, suppose essentiellement deux gratifiés, une double libéralité dans un même acte (471), et la clause d'accroissement n'en comporte aucune (472). Seulement, les adversaires triomphent et croient tenir la substitution illicite au cas de libéralité adressée aux associés : l'effet de la clause d'accroissement n'est-il pas, ici, d'obliger les associés à conserver les biens donnés ou légués, et à les restituer aux associés survivants, qui apparaissent, dès lors, comme gratifiés en seconde ligne ? On n'oublie qu'une chose, ou même deux, à vrai dire : d'abord, ce n'est pas en vertu de la libéralité à eux adressée que les associés sont tenus de garder et restituer, mais en vertu de la clause d'accroissement contenue au pacte social, convention parfaitement distincte de la libéralité, et à laquelle l'auteur de la libéralité n'est pas partie ; il n'y a donc pas double libéralité — à deux degrés — par un seul et même acte, mais deux actes indépendants qui produisent chacun leur effet ; au surplus, non seulement il n'y a pas là double libéralité, par un seul et même acte, mais il n'y a qu'une seule libéralité, du donateur ou testateur aux associés, puisque la clause d'accroissement est de caractère onéreux.

(470) L'article 896, al. 2, du Code civil français annule même la libéralité adressée au grevé ; contrairement au Code italien, qui déclare expressément maintenus la donation ou le legs au premier degré : cf. articles 900 et 1073 du Code italien.

(471) cf. *Aubry et Rau*, op. cit., VII, n° 694 cité et commenté par *de Vareilles-Sommières, Contrat d'association*, p. 177.

(472) cf. *de Vareilles-Sommières*, op. et loc. cit. — *Giovene*, op. cit., p. 137-8

Et nous voilà bien loin de la substitution prohibée ! (473)

Enfin, on a agité le spectre de la stipulation pour autrui. La clause d'accroissement est hérissée, dit-on, de stipulations pour autrui, et même peut-être de stipulations pour des personnes qui n'existent pas encore. Et il est bien certain que l'associé qui stipule de l'autre associé l'accroissement de sa part au cas de retrait ou de mort, stipule au profit de tous les autres associés, présents ou futurs; mais cette stipulation est la condition de la stipulation qu'il fait pour lui-même, et rentre donc sans conteste dans le cadre restreint où le Code italien (article 1128 = 1121 Code civil français) enferme la stipulation pour autrui valable : loin d'être annulé par ces stipulations pour autrui, le contrat où elle sont insérées « met sa force à leur service ; il leur sert de support jusqu'à ce que les tiers, en les acceptant, les rendent directement efficaces » ; en effet, jusque-là, elles ne peuvent être révoqués par le promettant, parce que le stipulant a intérêt à leur maintien. Et peu importe que certains des tiers bénéficiaires soient des personnes futures : « la stipulation pour une personne qui n'existe pas encore n'est qu'une variété de la stipulation pour autrui ; c'est une stipulation pour autrui qui est exposée à attendre plus longtemps l'acceptation vivifiante du bénéficiaire » (474).

N° 43. La clause d'accroissement est licite. Grâce

(473) cf. *de Vareilles-Sommières*, op. cit., p. 179-180, cité par *Giovene*, op. cit., p. 138-9. — Ajoutez encore que, serait-on en présence d'une double libéralité par un seul et même acte, les associés restent parfaitement libres d'aliéner, à la majorité, le bien donné ; que c'est donc seulement ce qui subsisterait de ce bien dans leur part qui fait l'objet du droit d'accroissement : or, on ne peut parler de substitution prohibée dès que le grevé n'est tenu de restituer que « de eo quod reliquerit »(cf. *de Vareilles-Sommières*, op. cit., p. 179).

(474) *de Vareilles-Sommières*, *Contrat d'association*, p. 180-1.

à elle, le patrimoine de l'association ne sera pas entamé par des attributions incessantes de valeurs aux associés défaillants ou aux héritiers des associés décédés. Mais il importe d'en préciser certaines conséquences importantes, qu'on n'a guère, croyons-nous, mises en lumière (475). Nous avons montré plus haut (cf. chap. VII, nᵒˢ 24 et 25) que l'obligation contractée par l'associé d'affecter sa part dans les biens communs au but social, obligation valable certes, n'en constitue pas moins un simple lien personnel, inopposable aux tiers : d'une part, elle n'entrave pas l'exercice du droit propre de gage de ses créanciers personnels ; de l'autre, la disposition par l'associé de sa part en violation de son engagement, si elle l'expose à des dommages-intérêts envers ses co-associés, est, toutefois, parfaitement efficace, et le tiers acquéreur se substitue à l'associé comme co-propriétaire indivis, mais sans être astreint, lui, à l'affectation sociale. Or, si la clause d'accroissement s'analysait en une promesse de l'associé de transmettre sa part, lors de son décès ou de son retrait, à ses co-associés, ces derniers ne pourraient acquérir que ce qui subsiste de sa part ; autrement dit, s'imposeraient à eux les aliénations consenties par l'associé ainsi que les saisies qu'auraient opérées ses créanciers personnels après avoir fait cesser l'indivision. Mais si la clause d'accroissement, au contraire, est une condition résolutoire de la propriété de l'associé, et si en conséquence l'associé décédé ou défaillant est considéré n'avoir jamais été titulaire d'aucune part dans les biens sociaux, l'avènement de la condition anéantit rétroactivement les aliénations volontaires ou sur saisie nées du chef de cet

(475) Ainsi *Ferrara*, (op. cit., p. 1025) maintient purement et simplement le droit de gage des créanciers personnels, sans envisager les restrictions, indirectes, mais efficaces, que nous préconisons ci-dessous — de même, aucune discussion sur cette question dans *Giovene* op. et loc. cit.,

associé (476). Sans doute, nous nous hâtons de le noter, la portée pratique de ces déductions, si favorables au maintien du patrimoine social là où fonctionne la clause d'accroissement, se voit sensiblement réduite par la nécessité où se trouvent souvent les associés, pour peu que leur nombre soit important, de recourir à l'expédient de la propriété fiduciaire d'un, ou de quelques-uns seulement, d'entre eux, comme nous l'expliquerons ci-dessous (cf. chap. XVI, n° 49). Mais, dans la mesure du moins où les biens sont indivisément possédés par tous les associés, nous ne voyons pas comment on se refuserait à cette conséquence d'une exacte analyse de la clause d'accroissement (477).

(476) Sur la nullité des aliénations et des saisies d'immeubles dès que se réalise la condition résolutoire du droit de propriété de l'aliénateur ou du saisi, cf. *Baudry-Lacantinerie et Barde*, *Des obligations*, 3ᵉ édit., 1906, tome II, nᵒˢ 817 et 820. — Pour les meubles mêmes, la condition de bonne foi du tiers acquéreur (article 707 Code civil italien : comparez article 2279 Code civil français), indispensable pour qu'il puisse repousser victorieusement la revendication du propriétaire, manquera incontestablement chez l'acheteur ou l'adjudicataire, qui connaissait ou devait connaître la modalité dont était grevé le droit de l'associé aliénateur ou saisi.

(477) L'autonomie du patrimoine social n'est pas l'effet nécessaire de tout contrat de société, mais bien un effet exceptionnel, que la loi peut sans doute attribuer à la volonté des parties, — comme il arrive, par exemple, dans les sociétés de commerce —, mais que la volonté seule des parties est impuissante à créer (cf. supra, nᵒˢ 24 et 25). Mais si les parties ne peuvent à la fois demeurer propriétaires d'une part sociale et soustraire cette part à leur disposition efficace et au gage de leurs créanciers personnels, — créant ainsi une situation réelle, non seulement inconnue de la loi, mais en contradiction flagrante avec ses principes —, par contre il leur est parfaitement loisible de soumettre leur droit de propriété à une condition résolutoire : car la propriété résoluble, elle, est admise par la loi, et l'avènement de la condition annulera les actes de disposition de l'associé et les saisies pratiquées par ses créanciers personnels, précisément parce que ce prétendu propriétaire n'a jamais été tel au regard du droit. — Nous ne pensons donc pas qu'il soit contradictoire de nier l'autonomie, de droit, de tout patrimoine social, et d'admettre qu'une condition résolutoire du

N° 44. La clause d'accroissement, d'ailleurs parfaitement licite, permet donc aux associés de donner au fonds commun une certaine autonomie de fait : le retrait d'un associé, son décès avant la dissolution de l'association, effacent rétroactivement son droit indivis sur les biens sociaux ; ces biens se trouvent donc, en fait, détachés de la personne des membres, indépendants de leur versatilité comme de la fragilité de la vie humaine. L'utilité manifeste d'une telle convention, et son harmonie intime avec l'intention des associés dans le groupement ouvert, permettent-elles d'y voir le droit commun de l'association ouverte ? autrement dit, la convention d'accroissement, incontestablement valable si elle est prévue aux statuts, ne régit-elle pas l'association ouverte de plein droit, sauf clause expresse l'excluant ? La réponse affirmative est aisée de la part de qui reconnaît dans l'association un patrimoine soumis à la *gesammte Hand* : puisque cette dernière est la négation même d'une division en quotes-parts distinctes, et que chaque membre a droit à tous les avantages du fonds commun, — dotation du groupe considéré dans son ensemble, — parce que membre du groupe et seulement en cette qualité, d'une part est inconcevable le partage, qui présuppose des quotes-parts indivises ; d'autre part, la mort ou le retrait de l'associé supprime son titre à la jouissance des biens communs, les-

droit des associés peut aboutir à des résultats analogues ; non seulement, l'analyse juridique est bien différente, mais en fait les deux positions ne coïncident pas : là où manque cette volonté, expresse ou tacite, des associés de soumettre leur droit à une telle condition résolutoire, leurs actes de disposition sont valables, et la quasi-autonomie du patrimoine s'évanouit. Enfin, est-il besoin d'observer que cette autonomie de fait du patrimoine social est liée à la réalisation de la condition : quand l'association est dissoute, les associés sont bien co-propriétaires indivis, puisque la condition de leur décès ou de leur retrait avant la dissolution de l'association a défailli.

quels accroissent automatiquement aux autres membres ; et telle est bien aussi la conclusion de *Crome* (478). Au contraire, si l'on admet avec la doctrine dominante que les associés sont propriétaires indivis, selon le mode romain, chacun pour une quote-part déterminée, le partage apparaît à première vue comme la conséquence nécessaire de la sortie d'un membre de l'association. Sans doute, nous l'avons noté, il ne saurait être question d'invoquer la dissolution du groupement ouvert et de procéder à un partage proprement dit du fonds social : l'intention des associés a été, manifestement, d'exclure ces conséquences du décès ou de la volonté individuelle d'un associé (cf. supra, chap. XIII, nos 40 et 41) ; mais l'associé défaillant ou les héritiers de l'associé décédé ne pourront-ils exiger l'allocation d'une valeur représentative de leur part ou de celle de leur auteur, évaluée sinon au moment même du décès ou du retrait, du moins d'après les résultats du dernier inventaire ? « Si la clause d'accroissement fait défaut, nous répond *N. Coviello,* on ne peut considérer comme nécessairement implicite le droit d'accroissement..., quelle que soit la sollicitation en ce sens des exigences pratiques » (479). Toutefois, il ne nous paraît pas impossible de concilier l'indivision romaine avec l'accroissement de plein droit, et nous nous rallierions volontiers à l'opinion de *Chironi,* selon laquelle, « sans qu'il soit besoin d'aucun pacte à cet effet, en sortant de l'association, l'associé ne conserve aucun droit sur le

(478) *Crome*, op. cit., p. 180 et sq. — cf. sur cette parenté logique de la *gesammte Hand* et de l'accroissement : *Coviello N.*, op. cit., p. 224-5, et *Ferrara*, op. cit., p. 1016. — cf. aussi supra notre n° 20.

(479) op. cit., p. 224-5. — *Coviello* dit même :« on ne peut tenir le partage comme empêché en tout état de cause... », envisageant donc le partage en nature lui-même.

patrimoine commun... » (480) : pour le savant auteur, ce ne serait là qu'une conséquence de l'autonomie du patrimoine, réalisée par tout pacte social (cf. supra n° 21) ; selon nous, c'est un effet de la condition résolutoire dont les associés ont grevé leur droit de copropriété (cf. supra note 477) : or, il s'agit de savoir si cette condition résolutoire n'a pas été voulue implicitement par les associés d'un groupement ouvert. En prévoyant le renouvellement des associés, et la persistance du groupe malgré le changement incessant du personnel, les associés ne révèlent-ils pas leur volonté de subordonner leur droit de quote-part dans les biens sociaux à leur qualité d'associé ? (481) Et s'ils n'ont pas exprimé formellement cette volonté, est-ce une raison suffisante pour que cette volonté ne sorte pas son effet ? C'est bien le lieu de se rappeler ici les principes directeurs que nous avons posés plus haut (chap. VIII, n° 27) : devant un contrat innommé, l'interprète doit suppléer autant que possible au silence du législateur, et, par un procédé analogue à celui du législateur même, dégager de l'intention des parties et du but qu'elles poursuivent les conséquences lointaines de leur engagement ; pour en tirer des règles générales, qui, — à l'instar des dispositions légales, — interprétatives de la volonté des contractants, dominent toutes les conventions du même genre à défaut de volonté contraire exprimée par les parties (482).

(480) *Chironi et Abello*, op. cit., I, p. 174.

(481) dans ce sens, semble-t-il, *Ferrara*, op. cit., p. 1016-17. — Il est intéressant de noter que l'article 4 de la loi française du 1er juillet 1901 paraît impliquer que l'associé en se retirant — et ici, sans distinction entre groupements ouverts et fermés — perd tout droit sur le fonds social : cf. *Michoud*, op. cit., I, p. 420-432.

(482) Sans doute, nous avons dit (supra, n° 27) que la volonté des contractants, ainsi dégagée, n'a pas d'effet vis-à-vis des tiers; or , précisément, la clause d'accroissement peut aboutir à l'an-

nulation de toute aliénation ou saisie née du chef de l'associé décédé ou défaillant. La formule, — nous le notions : supra, Ire Partie, chap. VIII, n° 27, note 365 — demande à être précisée : en effet, autre chose est d'imposer au tiers la nullité de l'aliénation consentie par un associé sur sa part sous prétexte de l'affectation sociale convenue entre associés : cette affectation est purement obligatoire ; autre chose est de constater que les tiers subissent les effets réels issus de la convention, tels que la résolution du droit de propriété de leur auteur par l'avènement de la condition résolutoire qui grevait ce droit (cf. supra, note 477).

Chapitre XV

Des pouvoirs disciplinaires de l'association en particulier du droit d'exclusion

---

N° 45. Légalité des mesures disciplinaires prévues aux statuts, et, en particulier, de l'exclusion. — En cas de silence des statuts, l'exclusion se justifie comme l'exercice, par l'association, de la résolution du contrat synallagmatique envers l'associé infidèle : cette résolution est judiciaire. — N° 46. L'exercice des pouvoirs disciplinaires de l'association est soumis au contrôle judiciaire. — Aucune comparaison possible entre l'exercice du pouvoir disciplinaire dans l'association et dans l'Etat. — La jurisprudence dominante n'admet ce contrôle judiciaire que s'il y a lésion formelle du droit de l'associé. — Critique de cette jurisprudence. — Le contrôle judiciaire absolu concerne toute association, quelque idéal que soit son but. — N° 47. Exécution de la décision judiciaire ordonnant la réintégration de l'associé ; fixation des dommages-intérêts en cas de résistance de l'association.

N° 45. Les statuts de l'association peuvent prévoir, et prévoient souvent, des sanctions aux contraventions par les associés à telle ou telle disposition statutaire : déchéance temporaire du droit de participer aux délibérations en assemblée générale, du droit de profiter de tel avantage stipulé au contrat ; amendes ; même, exclusion pour les manquements particulièrement gra-

ves : la sanction est basée alors sur un contrat exprès, et sa légalité n'est pas discutable. Mais si les statuts sont muets, tout exercice des pouvoirs disciplinaires est-il interdit à l'association à l'égard de ses membres ? L'affirmative aboutit à désarmer le groupement devant les écarts de ses membres, à compromettre son activité par le maintien d'associés réfractaires et son prestige par leurs incartades ; par ailleurs, on éviterait difficilement l'arbitraire en permettant à l'assemblée générale d'édicter telle ou telle mesure disciplinaire, — une amende, par exemple, — non prévue par les statuts. Toutefois, — et quelque paradoxal que cela paraisse —, l'arme la plus grave, l'exclusion ne saurait lui être refusée dans l'hypothèse d'un manquement grave, caractérisé, d'un associé à ses obligations. En effet, nous savons que dans le groupement fermé, même à durée limitée, l'associé peut demander la dissolution au cas d'inexécution par un autre associé de ses obligations (analogie de l'article 1735 du Code civil = 1871 Code civil français) ; et que, dans l'association ouverte, le droit de retrait doit être reconnu dans le même cas à chaque associé, et ce, sans l'observation du délai de préavis fixé aux statuts, ni l'application des sanctions statutaires pour retrait injustifié (cf. supra n° 41) : il y a là exercice par un associé de la résolution du contrat synallagmatique, éteint à l'égard de tous dans le groupement basé sur l'*intuitus personæ,* en ce qui concerne exclusivement cet associé si le groupement est ouvert. Or, l'exclusion par l'association d'un de ses membres infidèle à ses engagements n'est pas autre chose que l'autre face du droit de résolution, exercé cette fois à l'encontre d'un associé par tous les autres co-contractants. Une telle résolution, il est vrai, non appuyée sur une disposition statutaire, qui en réglerait expressément l'exercice, doit avoir lieu judiciai-

rement ; c'est-à-dire que la décision des co-associés ou le vote de l'assemblée générale n'opèreront pas d'eux-mêmes l'exclusion, celle-ci ne pourrait être prononcée qu'en justice ; cette réserve, d'ailleurs, ne semble pas admise par la doctrine italienne (483).

N° 46. Quoi qu'il en soit de cette nécessité de recourir à la justice en l'absence de clause expresse du pacte social, on ne saurait soutenir que l'exclusion, fût-elle prévue aux statuts, est un acte discrétionnaire de l'assemblée générale. Et pourtant, on a proposé de repousser uniformément le contrôle judiciaire dès qu'il s'agit de l'exercice des pouvoirs disciplinaires de l'association : cette opinion de *Salemi* (484) distingue les différends d'ordre patrimonial et les différends d'ordre disciplinaire ; elle se présente comme une variante, une atténuation de la doctrine de *Bianchi*, à laquelle nous avons fait allusion (cf. n° 34), selon laquelle toutes contestations sur l'administration interne du groupe échapperaient nécessairement à la compétence des tribunaux ; et elle encourt, croyons-nous, le même reproche : l'exercice du pouvoir disciplinaire, — de même que les mesures, en général, d'administration interne, — est susceptible de léser un droit parfaitement défini et respectable d'un associé. Il suffit, en effet, d'énoncer la mesure disciplinaire par excellence : l'exclusion, pour se rendre compte que la qualité même de membre, et tous les droits qui en découlent pour un associé : donc, le contrat lui-même, sont à la merci du

(483) cf. *Giovene*, op. cit., p. 148, qui reconnaît purement et simplement à l'association le droit d'exclusion dans le silence des statuts. — D'après *Baudry-Lacantinerie et Wahl, De la société*, n° 208, dans la société civile elle-même le droit d'exclusion est admis, comme résolution du contrat, mais résolution en principe judiciaire.

(484) Dans *Concetto e contenuto giuridico dell' associazione*, 1909, p. 29, cité par *Giovene*, op. cit., p. 153.

pouvoir disciplinaire (485) ; et pour conclure que ce pouvoir ne peut s'exercer sans appel sous peine de faire sortir le contrat d'association du cercle des actes juridiques, générateurs de droits. En réalité, on ne le soutient qu'en exagérant la portée juridique de l'organisation corporative de l'association, organisation qui offre quelques ressemblances avec celle de l'Etat lui-même. Les organes de l'Etat, en effet, dans l'exercice de leurs pouvoirs disciplinaires, ne sont soumis qu'à un contrôle partiel de la jurisprudence administrative; mais, précisément, le caractère de l'autorité publique explique la souveraineté, d'ailleurs relative (486), de l'exercice de son pouvoir disciplinaire. Au contraire, dans l'association, même personne morale, « le pouvoir de l'association, dans le domaine judiciaire et disciplinaire de son activité, doit se tenir pour le résultat de clauses compromissoires et de clauses pénales conventionnelles, et la violation des statuts pour une lésion de rapports à caractère privé, de la compétence de la juridiction civile ordinaire » (487) ; même dans l'association reconnue, en cas d'exclusion, « la nature corporative du droit de l'associé ne lui enlève pas la garantie du recours en justice, qui est d'ordre public et à laquelle on ne peut renoncer » (488). A plus forte raison en est-il de même dans l'association non reconnue. Au surplus, comme le remarque *Lessona* (489), si l'équité a fait reconnaître que le pouvoir disciplinaire de l'Etat n'échappe pas absolument, il s'en faut, au contrôle de la justice, comment le pouvoir disciplinaire privé prétendrait-il s'affranchir de ce contrôle ? On peut relever, il est vrai, un arrêt de la

(485) cf. *Giovene* op. cit., p. 153.
(486) cf. *Lessona*, art. cit., dans *R. d. comm.*, 1910, I, p. 387.
(487) *Ferrara*, op. cit., p. 780.
(488) *Ferrara*, op. cit., p. 806.
(489) op. et loc. cit.

Cour de Cassation de Florence du 9 avril 1908 (490) qui exclut d'une manière absolue la compétence judiciaire ; mais il est sans portée dans la discussion, comme le remarque *Giovene* (491), puisqu'il se base sur le fondement général, d'ailleurs erroné, de l'inefficacité juridique du lien d'association (cf. supra, chap. V, n° 13).

La jurisprudence dominante adopte, en effet, une position différente, qui ne semble pas, d'ailleurs, elle-même, tout-à-fait satisfaisante. Nous lisons, par exemple, dans un arrêt de la cour de Gênes du 9 janvier 1914 (492) : « ... Le juge est compétent pour examiner la légalité de l'exclusion ; il doit rechercher si elle a été prononcée pour un motif visé aux statuts, et si en conséquence la délibération s'est maintenue dans les limites de l'autonomie du corps ; il doit contrôler la régularité de la décision, s'assurer en particulier que la discussion a bien été inscrite à l'ordre du jour et que l'associé a été mis en demeure de se justifier : le recours à la justice est donc ouvert à l'associé exclu pour démontrer l'inobservation des formes légales et statutaires, ou l'excès, de la part de l'assemblée, des pouvoirs à elle conférés : bref, l'illégalité de l'exclusion... » ; mais, par contre : « ... le droit d'exclusion par les organes sociaux est une émanation de l'autonomie du groupe..., et à ce titre, il ne tolère pas que soient agitées en justice les raisons intrinsèques de

(490) Dans *G. I.*, 1908, I, 1, 872.

(491) op. cit., p. 154.

(492) dans *G.I.*, 1914, I, 2, 57. — Dans le même sens, nombreux arrêts cités par *Lessona*, art. cit., p. 389 : vg. Cass. Turin, 16 février 1894 dans *G. tor.*, 1894. p. 608 ; 6 décembre 1894, eod. loc., 1895, p. 17 ; 8 février 1908, eod. loc., 1908, p. 353. — adde : Cass. Rome, 8 juin 1910, dans *L.*, 1910, p. 2402, cité par *Giovene*, op. cit., p. 154. — Dans le même sens, *Chironi*, *La personalita giuridica delle associazioni*, dans *Legge*, 1909, p. 1489, cité par *Lessona*, op. et loc. cit.

mesures à caractère surtout moral, et dont la portée civile n'est que subsidiaire nonobstant leurs conséquences patrimoniales indirectes ». En somme, de même que l'acte administratif, annulable pour violation de la loi, excès de pouvoir ou incompétence, ne saurait, sauf exception expressément apportée par la loi, être attaqué pour simple lésion d'intérêt (493), de même, — et le rapprochement est clairement sous-entendu dans les considérants de l'arrêt rapporté, — la seule invocation d'un motif prévu aux statuts et l'observation des formes statutaires mettraient à l'abri du contrôle judiciaire les décisions disciplinaires de l'association. Ou encore : c'est à l'association seule qu'il appartient de décider souverainement si l'esprit de la clause statutaire a été méconnu par l'associé ; la compétence du tribunal est épuisée quand il a retrouvé aux statuts le motif invoqué par l'assemblée générale et constaté la régularité de la procédure même d'exclusion. En vain, l'associé constesterait-il le bien-fondé de la mesure et arguerait-il d'une lésion injustifiée : l'action en justice ne lui est ouverte que s'il y a lésion formelle de son droit, non s'il y a lésion substantielle.

Est-il besoin d'observer qu'il n'y a aucun élément sérieux de comparaison entre l'acte de l'association, groupement de particuliers, et l'acte administratif, et donc aucun parallélisme logique entre les recours respectifs contre ces actes ? que, d'ailleurs, l'acte administratif lui-même peut être, en certains cas, attaqué et réformé pour lésion d'un simple intérêt ? (494). Que, enfin, « il ne s'agit pas ici de simples intérêts..., mais de droits proprement dits, ce que reconnaît bien la jurisprudence elle-même, bien que, par une étrange

(493) cf. *Chivenda*, op. cit., p. 298-302.
(494) cf. *Lessona*, art. cit., dans *R. d. comm.*, 1910, I, p. 390.

contradiction, elle ne protège l'associé que contre la seule violation formelle » (494) ? A n'en pas douter, le droit de l'associé vis-à-vis des pouvoirs disciplinaires du groupe peut être revendiqué sans restriction ni distinction ; les tribunaux doivent, comme l'a jugé le Conseil d'Etat, « interpréter l'esprit de la clause statutaire en relation avec les faits de l'espèce et avec les droits qu'invoque l'associé »(495), et rechercher si, en fait, le motif invoqué par l'assemblée correspond au motif invoqué par les statuts ; si, par exemple, devant l'exclusion prononcée contre un associé pour acte ignominieux, l'acte en question est effectivement ignominieux (496). Et c'est d'ailleurs ce qu'ont admis un nombre respectable de décisions judiciaires (496). Dans cet examen, au surplus, le juge doit évidemment se placer au point de vue des tendances de l'association ; en particulier si le motif invoqué par l'assemblée n'a pas été formellement prévu par les

(495) arrêt du 24 décembre 1881, dans *G.I.*, 1882, III, p. 132, cité par *Giovene*, op. cit., p. 154

(496) cf. Cassation Turin, 26 novembre 1875, dans *G. tor.*, 1876, p. 82. — Appel Milan, 12 avril 1887, dans *M.T.*, 1887, p. 424 : dans cette espèce, l'association des typographes italiens avait décidé en assemblée générale que tous ses adhérents auraient à faire grève tant que les patrons n'accepteraient pas des conditions déterminées, et que seraient expulsés de l'association comme coupables d'acte ignominieux ceux qui persisteraient à travailler chez les patrons opposants. La Cour nie que se rencontre en fait chez les associés réfractaires la culpabilité pour acte ignominieux (cf. *Rodino*, art. cit., dans *A. G.*, 1893, p. 193). (Il est vrai que le motif invoqué n'était pas prévu aux statuts, et la Cour voit en conséquence une violation du contrat dans une telle expulsion ; mais elle ne s'en est pas moins déclarée compétente pour apprécier le caractère de l'acte incriminé et décide que l'autorité judiciaire peut toujours contrôler le bien-fondé de la radiation d'un associé. — Sur les motifs non prévus aux statuts, cf. notre texte, infra) — Cf. aussi Conseil d'Etat, cité note 395 ; (tous arrêts cités par *Lessona*, art. cit., p. 389). — Dans le sens de ces arrêts : *Lessona*, op. et loc. cit. ; *Giovene*, op. cit., p. 154-6, et, implicitement, *Ferrara*, op. cit., p. 1019.

statuts, il doit apprécier d'après le but même du groupe si le fait incriminé constitue une violation du pacte social qui légitime la mesure disciplinaire : « un blasphémateur sera à bon droit expulsé pour indignité d'une association contre les abus de langage, non d'un syndicat de commis-voyageurs ou de garçons bouchers. Mais cela est trop évident et constitue une règle directrice d'un exercice équitable du contrôle judiciaire, et non un argument pour dénier ce contrôle »(497).

Cette compétence judiciaire illimitée pour apprécier le bien-fondé des mesures disciplinaires doit être admise selon nous à l'égard même des associations à but strictement altruiste. La jurisprudence française, sous le régime concordataire, s'était formée dans le sens que le droit d'exclusion d'une congrégation religieuse est souverain quant aux motifs invoqués ; et, par analogie, on a proposé de reconnaître aux statuts de toute association à but idéal la faculté de prévoir l'exclusion pour motifs non spécialement indiqués, par exemple pour motifs graves (498). Il nous semble, au contraire, que dans toute association où les membres sont liés par un contrat juridiquement efficace, et dans l'association à but altruiste comme dans toute autre, les droits que l'associé tient du contrat doivent être sanctionnés par un recours en justice, et que, en conséquence, le motif de l'exclusion ne saurait jamais échapper au contrôle judiciaire : car la solution contraire, en mettant l'associé à la discrétion pure et simple de l'assemblée générale aboutit à démunir les droits de l'associé de toute garantie et

(497) cf. *Lessona*, art. cit., p. 390-1.

(498) cf. les arrêts cités par *Michoud*, et l'extension proposée par cet auteur, op. cit., II, p. 28-30. — En somme, le raisonnement est très voisin de celui de la cour de Gênes rapporté ci-dessus.

donc à dénier toute portée juridique au contrat d'association. Sans doute, on peut admettre cette thèse pour les associations de religieux, mais précisément parce que la convention qui lie les religieux n'est pas obligatoire au regard du droit (cf. supra, chap. V, n° 17) (499) ; — et pour elles, le recours judiciaire n'est pas plus acceptable pour violation des formes statutaires (500) que pour absence de motif propre ; — mais il faut la repousser à propos de toute association basée sur un contrat efficace.

N°47. Une fois reconnue par le tribunal la lésion, formelle ou substantielle, du droit de l'aassocié exclu, quel peut être l'objet de la prétention de l'associé et de la décision judiciaire corrélative ? En principe, si l'exclusion est injustifiée, il reste que l'association est tenue à réintégrer l'associé dans sa qualité et ses droits. Telle n'est pas, pourtant la décision uniforme de la jurisprudence (501), où parfois «.. est sensible l'écho de la disposition qui défend à l'autorité judiciaire d'annuler les actes administratifs lésant un droit ;

(499) Aucun recours ne devrait donc être admis, pour violation de contrat, s'entend : car il n'y a pas de contrat préexistant ; mais sans préjudice, selon les cas, d'une indemnité, basée sur fait illicite, les circonstances, si par exemple, l'âge de l'exclu —, mettent l'associé exclu dans une situation pécuniaire difficile, et si en même temps l'exclusion est arbitraire (en se plaçant toujours, à cet égard, au point de vue de l'association et de son esprit).

(500) En sens contraire, la doctrine de la Cour de Cassation française rappelée supra, note 498.

(501) Refuse de condammer à la reintégration : vg, arrêt de la Cour d'appel de Trani du 25 avril 1887, dans *G. I.*, 1889, II, 273 ; cassé, d'ailleurs, par la Cour de Cassation de Rome toutes chambres réunies, le 30 juin 1888 (dans F. I. 1888, I, 1036) cités par *Lessona*, art. cit., p. 391) — La Cour d'appel de Gênes, dans son arrêt précité (cf. note 492), a condamné, au contraire, à la réintégration.

mais à tort, parce qu'il n'y a ici aucun péril d'invasion du pouvoir judiciaire dans le champ réservé à l'administration publique... D'autre part, il serait vain d'argumenter de la nature de la condamnation pour en induire l'impossibilité de l'exécution directe : avant tout, parce que l'exécution directe est possible ; puis, parce que, devînt-elle impossible par le mauvais vouloir de l'association condamnée, il n'en faudrait pas moins prononcer la condamnation; sauf à la remplacer ensuite par la condamnation à réparer le dommage conformément à l'article 1218 du Code civil (502). En somme, on n'est pas ici devant un problème particulier, mais devant le problème général de l'exécution forcée dans les obligations de faire, problème si imparfaitement réglementé par la loi» (503).

Si, en fait, la réintégration se heurte à l'inertie persistante du groupe, force sera d'en venir à des dommages-intérêts pour inexécution. Dans l'association à but égoïs-

(502) « Quiconque a contracté une obligation est tenu de l'exécuter exactement, et, à, défaut, de réparer le dommage »

(503) *Lessona*, art. cit., p. 391. — L'associé peut-il demander, outre sa réintégration, des dommages-intérêts pour le préjudice subi, du fait de l'exclusion, entre la décision de l'assemblée générale et son annulation par le tribunal ? Non, répond *Strani*, — approuvant un arrêt conforme de la cour d'appel de Catanzaro du 27 juillet 1915 —, si l'exclusion a été prononcée sur invocation d'un motif statutaire et dans les formes statutaires ; et l'administrateur ne saurait non plus être poursuivi à cet effet, car, en provoquant la procédure disciplinaire dans les cas prévus aux statuts, il n'a commis aucune faute, il s'est acquitté de sa fonction (*Un preteso caso di danno morale per l'espulsione di un socio da un circolo di divertimento*, 1915 ; compte rendu dans R. d. civ., 1916, p. 130). Dans le même sens, arrêt de la Cour de Cassation de Rome du 30 septembre 1914, dans *G. I.*, 1914, I, 994, qui compare les associés votant cette exclusion et l'administrateur qui l'exécute au témoin ou au juge qui se trompe. — Nous nous permettrons de demander s'il est loisible à un contractant de se tromper impunément, au préjudice de son cocontractant, dans l'interprétation et l'exécution de la convention.

te, par exemple dans un cercle d'agrément, l'évaluation du dommage subi paraît relativement aisée. Mais nous ne croyons pas que l'allocation de dommages-intérêts soit plus contestable dans l'association à but altruiste. Sans doute, est exacte la remarque de *Strani* (504) que si le dommage est purement moral, sans aucune répercussion patrimoiniale, les dommages - intérêts manquent de base, faute d'une appréciation possible en argent : si l'on passe outre à cet obstacle, on sort du champ du droit civil, et on transforme la réparation en peine. Seulement, nous doutons fort que l'exclusion d'un associé, fût-ce d'un groupement charitable, ne lui cause pas un dommage matériel. De même, en effet, que pour apprécier la validité du contrat (cf. supra, chap. V, n° 14), il faut soigneusement distinguer l'intérêt du contractant de la prestation qu'il stipule, et qu'il suffit pour que le contrat soit valable que la prestation stipulée soit évaluable en argent, tandis qu'il n'importe aucunement que l'intérêt du contractant, pur mobile, soit d'ordre moral ou matériel ; de même aussi, la violation du contrat cause un dommage matériel certain à l'exclu : celui-ci a stipulé de ses coassociés des apports déterminés, — en particulier sous forme de cotisations annuelles, — dont il est devenu titulaire pour sa part dans l'association ; c'est cette part dans le fonds social dont il est frustré ; ainsi que de sa part dans les cotisations annuelles, multipliée par le nombre d'années qui restent à courir dans l'association à durée limitée, par un chiffre actuellement inconnu mais qu'on peut évaluer en moyenne d'après l'âge de l'intéressé dans l'association sans limite de durée. Et ici encore, il est parfaitement indifférent que cette quote-part devait être utilisée, dans l'intention de l'associé, à une fin altruiste : il suffit,

(504) op. cit. note 503.

pour qu'elle serve de base à l'évaluation du dommage causé par la violation du contrat, qu'elle soit d'ordre patrimonial, évaluable en argent. Il y a plus : les dommages-intérêts ne doivent pas seulement comprendre le *damnum*, que nous venons d'évaluer ; ils embrassent aussi le bénéfice compromis par la violation du contrat et qui représente le supplément d'activité et de dépenses qu'occasionnera à l'associé exclu une poursuite individuelle également efficace du but du groupement ; supplément qu'il entendait économiser en conjuguant son effort avec celui d'autrui et en contractant le lien d'association. L'évaluation peut être délicate, mais on ne saurait prétendre qu'elle manque de base : l'exécution du contrat procurait à l'associé des prestations précises et lui permettait des économies évaluables ; ce sont ces prestations et ces économies qui constituent les éléments d'appréciation des dommages-intérêts dûs à l'associé injustement exclu et non réintégré, et que l'associé ait un intérêt moral ou matériel à stipuler ces prestations et à réaliser ces économies.

IIe Section. — Rapports des associés avec les tiers

Chapitre XVI

De l'exercice par l'association du droit de posséder et d'acquérir à titre onéreux

---

N° 48. Simple rappel de la capacité générale de posséder et d'acquérir à titre onéreux. — Discussion particulière de la capacité d'acquérir des immeubles. — N° 49. Comment s'exerce, en fait, cette capacité de l'association ; la clause d'accroissement ; ses effets ; restriction de son champ d'application : nécessité de recourir, pour les droits immobiliers, à l'expédient de la propriété fiduciaire ; graves conséquences pour le patrimoine commun. — N° 50. La capacité de posséder et d'acquérir indépendantes de la validité du lien d'obligation. — Associations illicites. — Impossibilité de parler d'interposition de personne dans la possession et les acquisitions des congrégations religieuses *supprimées*.

N° 48. Il ne s'agit plus ici de justifier la capacité de l'association de posséder ou d'acquérir à titre onéreux ;

cette justification, nous croyons l'avoir fournie dans notre partie générale où nous nous sommes attaché à mettre en relief le principe de la capacité de l'association (cf. supra, chap. VI). Il ne peut plus être question, maintenant, que de tirer les conséquences du principe et d'étudier les modalités d'exercice de cette capacité ; autrement dit, la capacité de jouissance de l'association étant incontestable, nous nous demandons quelle est sa capacité d'exercice. Toutefois, — et puisque, pour simplifier la discussion nous avions formellement réservé les objections à cette capacité, spéciales à tel droit ou à tel acte juridique, — il nous incombe, au préalable, de démontrer l'inanité de l'augmentation sur laquelle on voudrait fonder l'incapacité absolue de l'association d'acquérir, fût-ce à titre onéreux, des immeubles.

La loi du 15 juin 1850, pourrait-on dire, assujettit les « *corpi morali* » tant ecclésiastiques que laïcs à une autorisation donnée par décret royal en Conseil d'Etat, en ce qui concerne l'acceptation des libéralités d'une part, et d'autre part toute acquisition d'immeubles même à titre onéreux. Si l'association revêtue de la personnalité morale voit limiter ainsi sa faculté d'acquérir, a fortiori, cette faculté n'est-elle pas entière dans l'association non reconnue. Et comme la loi n'a organisé pour cette dernière aucune procédure analogue à celle qui permet à l'association reconnue de réaliser de telles acquisitions, force serait de dénier purement et simplement à l'association non reconnue la capacité d'acquérir des immeubles. L'objection s'adresse dans les mêmes termes, et en fait a été surtout adressée, à l'acquisition à titre gratuit, même mobilière (Loi du 15 juin 1850 ; articles 932 et 1.060 du Code civil), et elle appelle une réfutation identique ; si bien que notre exposé se pourrait retracer presque mot pour mot à

propos de la capacité de l'association de recevoir des libéralités ; l'étude de cette capacité en sera donc allégée d'autant, puisque c'est à propos des acquisitions d'immeubles que l'ordre de nos explications nous invite à discuter l'objection.

Or, il n'est pas difficile d'apercevoir le vice du raisonnement adverse : les associations revêtues de la personnalité morale doivent obtenir une autorisation gouvernementale pour que leur capacité d'acquérir des immeubles sorte son effet, puisse s'exercer ; rien n'est prévu à ce sujet pour l'association non reconnue ; donc, l'association non reconnue est déchue de cette capacité. L'illégitimité de la conclusion est évidente. Même s'il était exact, — ce que nous allons contester, — que l'association non reconnue dût être, nécessairement et a fortiori, soumise aux règles et modalités des acquisitions de l'association reconnue, la seule question qui se poserait concernerait la réglementation de l'exercice de cette capacité, non cette capacité même qui est hors de discussion. Autrement dit : faut-il soumettre à l'autorisation préalable les acquisitions d'immeubles de l'association non reconnue, et comment organiser la procédure d'autorisation dans le silence de la loi, telle est est la seule controverse concevable : « Là où il est question de limites, de modalités dans l'exercice d'un droit, dit excellemment *Giovene,* on ne peut conclure de ces limites éventuelles à la suppression totale du droit lui-même » (505).

Au surplus, l'assimilation proposée à cet égard entre « *corpi morali* » et associations non reconnues est-elle tout autre que démontrée. La formation de la mainmorte, contre laquelle se prémunit la loi, est difficilement concevable dans le groupement non doté de personnalité. Sans doute, la clause d'accroissement, là

(505) op. cit., p. 119.

où elle existe, remédie, nous l'avons vu, en quelque façon, dans l'association non reconnue, au défaut de personnalité morale (cf. supra, chap. XIV ; en particulier, n° 43) ; mais il apparaîtra clairement au cours des explications qui vont suivre, — et dans ce chapitre même (cf. infra, n° 49) — que les conventions des parties, aussi ingénieuses et subtiles qu'elles soient, ne réalisent pas un succédané parfait de la personnalité, et tout particulièrement en ce qui regarde les droits immobiliers, qui nous occupent précisément ici. Or, si le régime de la personnalité juridique est le seul, — abstraction faite de la *gesammte Hand,* — qui soit apte à assurer au groupement la perpétuité, il s'en suit logiquement que c'est aussi vis-à-vis des seuls groupements revêtus de la personnalité que se justifient les précautions législatives contre la mainmorte, limitations qui apparaissent étroitement liées aux avantages mêmes de la personnalité et comme leur contre-partie (506). Et ce point de vue rationnel est confirmé par la teneur même de la loi positive italienne : en effet, les restrictions imposées par la loi à l'exercice de la capacité d'acquérir des immeubles ou de recevoir des libéralités ne s'adressent qu'aux *corpi morali,* c'est-à-dire à une catégorie toute particulière de personnes morales, à ces personnes morales d'utilité publique où l'intérêt personnel des membres est complètement effacé(507).

(506) cf. de *Vareilles-Sommières, Contrat d'association,* p. 61 — *Giovene*, op. cit, p. 119.

(507) Sic : *Coviello N.* op. cit., p. 211-2, *Giovene*, op. cit., p. 119-120 — Qu'on se rappelle aussi, à ce sujet, la théorie ci-dessus exposée (n° 22 in fine) de *Bonelli* sur la « *comunione personificata* » : la personnalité morale s'accommoderait des configurations internes les plus variées ; si subsiste chez les membres un intérêt égoïste, si la personne morale « fonctionne à leur profit », nous sommes en présence, sans doute, d'une personne morale, mais cette personne morale n'est pas un « *corpo morale* », une personne morale d'utilité publique.

Ainsi, au sein des personnes morales elles-mêmes, les dispositions légales dont il s'agit n'ont qu'un champ d'application étroitement limité. Sans doute, la conceptation du législateur, aujourd'hui vieillie et bien atténuée, selon laquelle le nom et le traitement de *corpi morali* seraient réservés aux personnes morales d'utilité publique, sociale, est-elle inutile et contestable dans son arbitraire ; mais, comme le note *Ferrara* (508), — à propos, il est vrai, des sociétés commerciales, — quoi qu'il en soit de ce préjugé théorique, « cette conception et cette terminologie distincte de nos lois nous autorisent à interpréter étroitement le principe de limitation posé par la loi de 1850 » ; et si nos restriction ne visent que certaines personnes morales, sur lesquelles l'Etat a jugé bon d'exercer une tutelle et un contrôle particuliers, c'est là un droit d'acceptation qui ne saurait prétendre à s'appliquer hors les termes de la loi, et en particulier à l'association non reconnue. Les acquisitions d'immeubles sont donc permises à l'association non reconnue et ne sont subordonnées à aucune autorisation quelconque.

N° 49. Nous pouvons maintenant nous demander de quelle manière s'exerce la capacité de l'association de posséder et d'acquérir. On sait que, dans l'association non reconnue, la capacité de l'association n'est autre que la capacité des membres, et que ces derniers sont et deviennent propriétaires indivis, chacun pour leur quote-part, des bien possédés et acquis par l'association (cf. supra, chap. VI) ; qu'ils se sont engagés respectivement à affecter cette quote-part au but social (509) ; mais que cette obligation, de nature purement personnelle, ne frappe pas d'inefficacité les aliénations

(508) op. cit., p. 851.

(509) Ne leur est donc pas applicable l'article 679 du Code civil, en ce qu'il porte que « le copropriétaire peut librement

par les associés de leur quote-part, non plus qu'elle ne s'impose au respect des créanciers personnels des membres (cf. supra, n°s 24 et 25) (510) ; enfin, que la clause d'accroissement, cependant, là où elle existe, en affectant d'une condition résolutoire le droit indivis de chaque associé, annule ce droit, et avec rétroactivité, en cas de mort ou de retrait de ce membre, et annule aussi par là même les aliénations volontaires ou forcées nées de son chef (cf. supra n° 43). Si bien que, dans l'association ouverte du moins, il semblerait que les clauses du contrat d'association — peut-être même tacites — aboutissent indirectement à un résultat analogue à celui de la personnalité morale, en frappant, pratiquement, d'inaliénabilité relative, toute parcelle du patrimoine commun (511).

Seulement, cette application pure et simple des principes généraux se heurte en fait à des obstacles insurmontables pour une catégorie particulièrement importante des droits de l'association, où toute cette

aliéner, céder, hypothéquer sa quote-part ». Les associés diffèrent de copropriétaires purs et simples par cette obligation d'affectation au but social.

(510) Reste exact, en effet, des associés comme de tous copropriétaires, ce que dit le même article 679 in principio : « Chacun a la pleine propriété de sa quote-part..».

(511) Il est évident, toutefois, que ne peuvent accroître aux co-associés que les droits encore existants au moment de la réalisation de la condition résolutoire. Aussi, le droit d'usufruit, puisque solidaire par définition de la durée de la vie du titulaire, s'il peut bien être étendu aux associés nouveaux, comme accroître aux co-associés lors du retrait ou de la mort d'un des membres, s'éteindra nécessairement au décès du dernier des associés sur la tête desquels a été constitué l'usufruit , et sans que l'accroissement puisse dès lors opérer. La simple application des principes généraux de l'usufruit rend inutile ici une disposition semblable à celle de l'article 518 du Code civil qui limite à trente ans la durée de l'usufruit des personnes morales.

construction théorique apparaît inopérante, et impraticable l'assimilation — relative — à la personne morale qui en était la conséquence. Nous voulons parler des droits dont l'opposabilité à certains tiers est subordonnée par la loi à la formalité de la transcription ou de l'inscription. Les immeubles possédés par l'association doivent être transcrits au nom de tous les associés : car il ne faut pas songer à opérer la transcription au nom de l'association, qui, ici, n'est pas un être juridique, n'existe pas. Or, la difficulté devient une impossibilité pratique dans l'association ouverte où continuellement changent les membres, et donc les copropriétaires ; faute d'une indication individuelle des membres, pourtant, la transcription risque d'être annulée à raison de cette « incertitude absolue sur le transfert du droit » que vise l'article 1940 du Code civil (512). « Il y a donc, dit *Ferrara* (512), contradiction entre l'état de publicité qui désigne d'une manière ferme un groupe déterminé de personnes comme co-propriétaires, et l'état de l'association dont le personnel peut être, après un certain temps, entièrement renouvelé ». Sans doute, en cas de décès ou de retrait d'un membre, comme la résolution de son droit est fondée sur la volonté des parties au moment de l'acquisition, et non sur un *mutuus dissensus* postérieur, la résolution, purement déclarative, et non translative, n'est pas sujette à transcription (513), par application de l'article 1932, premier paragraphe, du Code civil qui ne soumet à la transcription que les actes entre vifs translatifs. Mais la solution change, et une transcription nouvelle s'impose lors de l'accès d'un nouvel

(512) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 1023.

(513) cf. *N. Coviello*, la *Trascrizione*, II p. 15 et sq, dans la collection : *Il diritto civile italiano*, de *Fiore — Giovene*, op. cit., p. 136, p. 158.

associé puisque alors il y a transfert, pour une part, du droit immobilier au nouvel associé (514). Si bien que si l'on songe aux droits élevés qu'entraînera la transcription : droits de transcription, et surtout droits de mutation, de cette mutation que l'on met en relief par la demande de transcription, on se persuadera aisément de l'impossibilité pour une association importante de satisfaire sur ce point à la loi civile, et donc de s'assurer le bénéfice de ses dispositions. Et ce n'est pas un des effets les moins paradoxaux de la dissociation artificielle opérée par le droit moderne entre groupement ouvert et régime personnifiant.

Il n'y a qu'un moyen pour l'association ouverte d'obvier à ce grave inconvénient : c'est de faire reposer le droit sur la tête d'un ou de quelques associés seulement, au nom desquels seuls s'opèrera la transcription, et qui, seuls investis du droit, seront tenus de n'en user que conformément au but social. En d'autres termes, il faudra recourir à l'expédient de la propriété fiduciaire ; nous avons déjà esquissé le concept de l'acte fiduciaire lors de l'examen des rapports entre promoteurs et souscripteurs dans les comités promoteurs de souscriptions publiques (cf. supra, n° 16), ce qui nous permettra d'être brefs (515). Un associé acquerra en son nom l'immeuble et en sera seul titulaire, la transcription s'opèrera en son nom ; envers ses coassociés il sera tenu seulement, — d'une obligation purement personnelle, — à ne pas disposer de son droit dans un intérêt étranger à celui de l'association (516). Dans ces conditions, il est bien clair que pour tous les droits immobiliers, possédés

(514) cf. *Giovene*, op. cit., p. 158.

(515) Sur l'acte fiduciaire, cf. *Ferrara*, I *negozi fiduciari*, dans *Studi in onore di V. Scialoja*, II, p. 745 et sq. — *Coviello N.* op. cit., p. 355 et sq.

(516) cf. *Ferrara*, op. cit, p. 1024.

par un ou quelques-uns seulement des associés à titre fiduciaire, il ne saurait être question d'escompter les heureux effets de la clause d'accroissement, en particulier l'autonomie qu'elle assurait indirectement au patrimoine social. Il n'y a plus, ici, en effet, des associés copropriétaires indivis, dont le droit accroît, et avec un effet rétroactif, aux autres, lors de leur décès ou retrait ; mais un ou quelques associés, propriétaires à l'exclusion des autres, et tenus seulement d'une obligation d'affectation au but social ; si l'associé, unique titulaire, ou le dernier survivant des associés titulaires (517) a disposé du droit contrairement à l'obligation qu'il a assumée envers ses coassociés, cet acte de disposition est parfaitement valable, et les co-associés ne pourront rien objecter au droit que l'acquéreur s'est vu transmettre par l'associé infidèle ; et celui-ci, tenu seulement à des dommages-intérêts envers ses co-associés (518), peut d'ailleurs devenir insolvable, et voilà compromis l'unique recours de ses co-associés. D'autre part, l'associé le plus honnête et le plus éloigné d'abuser de la situation qui lui est faite, peut tomber, par imprudence ou mauvaise fortune, dans l'impossibilité de faire face à ses engagements personnels : ses créanciers, trouvant dans son patrimoine le bien que leur débiteur possède à titre fiduciaire, le considèreront avec raison comme leur gage

(517) entre lesquels mêmes peut être établie la clause d'accroissement.

(518) *Crome*, op. cit., p. 186, dit : « Apparaissent comme titulaires du droit par rapport aux tiers ceux seulement au nom desquels le droit acquis est transcrit ». Mais si l'on adopte le concept de l'acte fiduciaire, — acte sérieux, voulu réellement par les parties, — cela n'est plus vrai seulement par rapport aux tiers, mais d'une manière absolue et même entre co-associés. — Sur le caractère absolu de la qualité de titulaire chez le fiduciaire, cf. en particulier *Ferrara*, art. cit. dans *Studi in onore di V. Scialoja*, II, p. 750-1.

(519). Enfin, le droit immobilier tombe dans la succession du fiduciaire ; ses héritiers en deviennent titulaires, tenus, il est vrai, tout comme leur auteur, de l'obligation, purement personnelle, d'affecter le bien aux fins sociales ; mais toujours, — précisément parce qu'il y a seulement lien obligatoire, — sans que les co-associés puissent empêcher les actes de disposition de ces héritiers et les saisies de leurs créanciers personnels. Il est vrai que pour obvier à ce dernier inconvénient, — et dans la mesure où la réserve de ses héritiers n'en serait pas atteinte, — le fiduciaire aura eu soin le plus souvent de transmettre le droit immobilier, entre vifs ou à cause de mort, à un co-associé, qui jouera à son tour le rôle de fiduciaire ; mais alors, plus rien de comparable ici au régime de la personnalité morale : la fameuse immunité de mainmorte, à quoi se réduit-elle, si, à chaque génération au moins, sont dûs des droits de mutation (particulièrement élevés pour les legs adressés à des étrangers, au point d'absorber la valeur totale du bien après quatre mutations) (520), et de transcription (si la mutation s'opère entre vifs) ? Et on accordera volontiers que le maintien même du patrimoine commun, continuellement subordonné à l'honnêteté et à la bonne fortune des fiduciaires successifs, apparaît sérieusement menacé : si bien que la nécessité pour les associés de recourir à l'expédient de la propriété fiduciaire pour tous les droits sujets à transcription ou inscription brise cette assimilation à la personne morale que la copropriété indivise, avec le jeu de la clause d'accroissement, semblait offrir à l'association.

(519) Sur la mesure où les créanciers subissent les conséquences des engagements de leur débiteur et sont tenus de les respecter, cf. supra 1re partie, chap. VII, n° 24, en particulier note 330.

(520) cf. Monsieur *Lévy-Ullmann*, à son cours précité, 1917-8.

N° 50. On se rappelle que la capacité de l'association est indépendante de la validité du lien qui unit les membres (cf. supra, chap. VI) : pour l'excellente raison que la capacité de l'association est la capacité des individus mêmes associés, et que cette dernière, de même qu'elle ne saurait être diminuée par la survenance du lien d'association, de même aussi, c'est trop évident, ne naît pas de ce lien ni n'en reçoit aucune activité nouvelle. Il en résulte que l'association illicite, ou bien le groupement fondé sur une convention non obligatoire, sont parfaitement capables de posséder et d'acquérir à titre onéreux (521) ; bien mieux, si les pouvoirs publics peuvent et doivent pourvoir à la dissolution du groupement illicite, si l'autorité judiciaire doit appliquer, le cas échéant, les pénalités édictées (521 *bis*) par la loi contre les membres, la confiscation des biens du groupe ne saurait être prononcée à défaut d'une disposition expresse du droit pénal. Toutefois, il importe de justifier notre assertion dans l'hypothèse d'une acquisition par une association illicite : le but poursuivi n'est-il pas de nature à annuler le contrat qui a réalisé l'acquisition ? Cela revient à se demander si un acte juridique peut être entaché de nullité pour l'unique raison que le mobile, le motif de l'agent est immoral. « Certes, répond *Coviello* (522), si les motifs ont été indiqués comme condition

(521) cf. *Giovene*, op. cit., p. 159.

(521 bis) « La répression par l'autorité judiciaire à été fortement organisée...» dans le Code pénal italien de 1890, dont le principal rédacteur voyait dans le pouvoir judiciaire le seul pouvoir compétent (cf. supra, chapitre I note 6 bis et chap. XIII note 444) pour réprimer les excès des associations. La loi ne punit pas le fait de s'associer en vue de commettre un délit quelconque, mais tel ou tel délit ; seulement ceux-ci sont nombreux et définis parfois par une formule élastique (cf. *Grunebaum* op. cit., p. 160-2.)

(522) op. cit., p. 404-5 — Dans le même sens, de *Vareilles-Sommières, Contrat d'association*, p. 184-5.

de l'acte juridique, il n'est que d'appliquer les règles propres aux conditions immorales : c'est-à-dire que tous les actes juridiques subordonnés à une telle condition sont nuls ; sauf les dispositions testamentaires, où c'est la condition qui est annulée (523). Le doute naît lorsque les motifs ne font pas partie du contenu de l'acte juridique ; mais, en général, l'acte doit être tenu pour valable même si les motifs sont immoraux... ; l'existence et la valeur des actes juridiques restent parfaitement indépendantes des motifs de l'agent... Toutefois, il faut admettre une exception à ce principe lorsque le motif constitue une infraction proprement dite à la loi pénale et est commun aux deux parties qui concourent à l'acte ; mais si le motif est seulement immoral, la connaissance qu'en a l'autre partie ne rend pas immoral et nul l'acte juridique » ; et *Coviello* insiste alors sur la distintion classique entre cause et motif. Par application de ces principes généraux, l'acquisition à titre onéreux par l'association ne serait frappée de nullité que si le but poursuivi par l'association tombait sous une disposition formelle de la loi pénale, et si le vendeur, connaissant le caractère proprement délictueux de l'association, devenait par là complice du délit commis par les associés.

Ces distinctions concernent exclusivement les associations illicites. En voici une autre, qu'on n'a guère proposée qu'en ce qui concerne les corporations religieuses *supprimées,* groupements licites, mais privés par la loi de personnalité morale, et où d'ailleurs la convention n'est pas, croyons-nous, obligatoire entre associés. On affirme bien, en principe, leur capacité de posséder et d'acquérir à titre onéreux, et on la

(523) L'article 1065 du Code civil italien soumet au contraire, à ce point de vue, les donations entre vifs au droit commun.

fonde sur la capacité des religieux associés ; mais on atténue cette affirmation par une réserve grave, d'autant plus grave que son champ d'application paraît susceptible d'une extension indéfinie et tout arbitraire ; laissons la parole à *Giovene* (524) : « Si les individus ne font que dissimuler à la loi un être incapable, à qui la loi défend absolument de posséder, comme l'incapacité de cet être est indéniable, on ne peut plus alors recourir au principe de la capacité des membres, lesquels ne sont plus que des personnes frauduleusement interposées. Cette interposition de personne peut se produire chez nous à propos des associations monastiques, qui, tout en vivant comme de simples associations de fait..., peuvent tendre à obtenir ces effets juridiques et économiques qui amenèrent la *suppression* des corporations religieuses, et à faire revivre l'être que la loi a entendu supprimer. Aussi la question de la capacité juridique de telles associations doit se résoudre, non pas sur la seule base des critériums applicables à toutes les autres, mais en tenant compte en sus des dispositions spéciales des loi de *suppression*. Ou, avec plus de précision : ces critériums communs suffiront bien quand la collectivité des religieux, tendant à l'obtention des fins religieuses, est et reste une association; mais il leur faudra substituer d'autres principes quand l'association cache la *corporation*, l'être défendu ». Cette thèse à été développée dans la pratique presque exclusivement à l'occasion des libéralités testamentaires adressées aux congrégations religieuses (525), et nous nous réservons de la présenter dans son ensem-

(524) op. cit., p. 159.

(525) La Cour de Cassation de Naples a cependant fait appli cation de la distinction au détriment des congrégations religieuses à propos d'une acquisition à titre onéreux : arrêt du 14 mai 1913, dans la *Corte d'Apello*, 1914, p. 30, cité par *Giovene*, op. cit., p. 186.

ble quand nous étudierons la capacité de l'association d'acquérir à titre gratuit (cf. infra, chap. XVII, n°s 52-54) ; qu'il nous suffise de noter ici les raisons majeures qui s'opposent, selon nous, à son admission. En premier lieu, les congrégations religieuses *supprimées* ne peuvent être traitées autrement que n'importe quelle association privée de personnalité : car, des deux côtés il n'y a pas de personne juridique, et, donc, l'objection qu'on adresse à la congrégation de cacher une personne morale de fait, si elle est admissible, doit, en raison, frapper également toute association non reconnue (526). Cette objection, d'ailleurs, elle est inadmissible, car c'est se contredire dans les termes que de parler de personne interposée au profit du néant juridique : on ne peut s'interposer entre quelqu'un et le néant, l'interposition de personne postule impérieusement trois sujets de droits. De plus, et dans le même ordre d'idées, on semble supposer qu'il est possible aux congrégations d'obtenir les effets de la personnalité juridique : or, ces effets mêmes, elles en sont incapables ; du moins, par des conventions ingénieuses, et en particulier la clause d'accroissment, atteindraient-elles indirectement des effets analogues : pourtant, on admet bien ces conventions chez l'association non reconnue en général ; or si c'était agir en fraude de la loi que d'obtenir des résultats

(526) Et, de fait, *Giovene* admet en principe l'extension du raisonnement à toute association non reconnue, lorsqu'il étudie la capacité d'acquérir à titre gratuit (op. cit. p. 115 et sq., p. 161, p. 183) ; mais il est curieux que, dans la pratique, les seules congrégations religieuses se soient vu opposer cette subtile distinction (cf. sur ce point *Ascoli et Cammeo* sur *Crome*, trad. cit., p. 186, note a) — D'ailleurs l'égalité de traitement s'impose aussi bien en ce qui concerne la capacité de posséder que celle d'acquérir à titre gratuit : or, on peut se convainvre par la citation faite, au texte, de *Giovene*, que cet auteur pose le principe d'un régime d'exception pour les congrégations.

voisins de la personnalité dans un groupement où la personnalité est *supprimée,* ne serait-ce pas une fraude égale que commettraient les membres d'une association non reconnue quelconque en essayant de suppléer ainsi à la concession de personnalité ? Au surplus, la fraude n'existe pas, et la prétendue assimilation à la personne morale est imaginaire, puisque, nous venons de le voir, les droits immobiliers, — et ce sont eux que visent en toute première ligne les dispositions contre la mainmorte — ne se prêtent pas en fait au jeu subtil de la clause d'accroissement. Nous demanderons, enfin : par le secours de quel prestigieux devin opérer cette discrimination essentielle entre les cas où « l'association de religieux reste une association licite », et ceux où « elle cache l'être moral supprimé » ? En attendant plus ample informé (cf. infra, chap. XVII, n°s 52-54), que le lecteur veuille bien nous faire crédit si nous concluons que la distinction proposée n'est qu'une résurrection partielle de la prétendue incapacité absolue de l'association non reconnue, où les personnes réelles des associés étaient sacrifiées sur l'autel de l'être moral inexistant (cf supra, chap. VI) : elle donne prise aux mêmes critiques, et son atténuation même n'est qu'apparente, puisque, par l'imprécision du critérium qu'elle propose, elle risque de faire rentrer purement et simplement l'ennemi — la personne morale inexistante en droit, mais existant en fait — dans la place.

Chapire XVII

De la capacité de l'association d'acquérir à titre gratuit. — La « frode pia »

N° 51. Réponse à quelques objections particulières adressées à la capacité d'acquérir à titre gratuit : dans l'association en général. — Dans l'association ouverte. — N° 52. La « *frode pia* » : les libéralité testamentaires adressées à une congrégation religieuse par l'intermédiaire d'un légataire fiduciaire, ou personne interposée, sont-elles valables ? Controverse. — Les textes. — N° 53. Impossibilité logique de parler d'interposition de personne au profit de l'être moral *supprimé.* — L'interposition au profit de tous les associés, personnes capables, ne vicie pas la libéralité. — N° 54. Le legs adressé aux religieux par personne interposée ou par l'intermédiaire d'un fiduciaire ne peut constituer une fraude à la loi. — N° 55. Libéralités dans les associations illicites.

N° 51. Pas plus qu'à propos de la capacité de posséder ou d'acquérir à titre onéreux, nous n'avons ici à démontrer le principe de la capacité de l'association non reconnue — autrement dit, des associés — d'acquérir à titre gratuit (cf. supra, chap. VI). La libéralité adressée à l'association non reconnue s'adresse aux associés, soit comme libéralité pure et simple, soit comme libéralité avec charge : libéralité pure

et simple, si l'auteur de la libéralité n'a pas entendu obliger les associés à l'employer aux fins sociales, comme, par exemple, s'il a voulu seulement récompenser les associés de leur activité passée et leur témoigner son estime ; libéralité avec charge, au contraire, si le disposant a imposé expressément aux associés l'affectation sociale, ou si une telle volonté peut se présumer des circonstances. Dans un cas comme dans l'autre, la validité de la libéralité n'est pas contestable, parce qu'il est tout aussi possible et licite de gratifier plusieurs individus conjointement qu'un individu isolé, et que d'autre part le lien d'association qui unit la pluralité de gratifiés ne saurait, sans un texte formel, frapper ces derniers de mort civile (527). La Cour d'Appel de Naples l'a reconnu le 3 juillet 1908, ainsi que le tribunal de Livourne le 27 octobre 1909 ; la première décision est particulièrement intéressante parce qu'elle précise que la libéralité est valable, abstraction faite de savoir si l'association a obtenu par la suite la personnalité ; condition qui avait, au contraire, paru nécessaire au tribunal de Naples (528).

C'est qu'en effet la capacité de l'association non

(527) cf. dans ce sens *Coviello N.*, op. cit., p. 226 ; *Giovene*, op. cit., p. 116. — Et c'est déjà, nettement, la doctrine de *de Vareilles-Sommières* (cf. *Personnes morales*, n°ˢ 668-9).

(528) Appel Naples, dans *Trib. giud.*, 1908, p. 269. — Tribunal Livourne, dans *G.I.*, 1910, I, 2, p. 37. — Sur la question de l'effet de la reconnaissance obtenue postérieurement à la libéralité, cf. infra, n° 51 in fine, note 543. — La Cour d'Appel de Naples, le 22 mars 1911 (D. G., 1911, II, p. 472) rendit, il est vrai, un arrêt diamétralement opposé, déniant à l'association non reconnue la capacité de recevoir une libéralité, comme toute capacité en général, sous prétexte qu'elle n'a pas d'existence juridique : une telle argumentation nous dispense d'insister sur le sophisme, que nous avons longuement combattu dans notre Iʳᵉ Partie, chap. VI. — (Tous arrêts cités par *Giovene*, op. cit., p. 162).

reconnue à recevoir des libéralités se présente dans les mêmes termes que la capacité de posséder ou d'acquérir à titre onéreux. Toutefois, on lui a opposé des objections particulières, que nous avions réservées dans notre partie générale : nous y arrivons. C'est d'abord la considération tirée de la loi du 15 juin 1850 et des articles 932 et 1060 du Code civil qui soumettent l'association non reconnue elle-même à la nécessité d'une autorisation pour accepter les libéralités, ou pour acquérir des immeubles fût-ce à titre onéreux ; mais nous avons écarté au chapitre précédent (n° 48), à propos des acquisitions d'immeubles, la conclusion qu'on a voulu tirer de ces textes contre la capacité de l'association non reconnue, et un raisonnement analogue s'impose ici. On argue aussi du *modus* qui accompagne la libéralité : puisque cette dernière est grevée de la charge d'affectation au but social, ce n'est pas aux associés qu'est adressée la libéralité, mais à la personne juridique de fait, à l'association. C'est toujours, on le voit, la destination économique ultime des biens qui trouble le juriste et lui fait perdre de vue l'application des principes élémentaires. D'abord, est-il exact que le *modus* supprime tout intérêt des associés à la libéralité ? « comment peut-on s'imaginer, dit excellemment *de Vareilles,* que la charge qui grève le don détruit l'intérêt personnel des associés à le recevoir, quand la charge est justement de faire ce qu'ils font déjà et qu'elle vient les mettre à même de le faire mieux et avec moins de sacrifices personnels ? »(529). Mais nous voulons faire abstraction de cette considération, et imaginer des hypothèses où la charge absorberait tout l'effet utile de la libéralité : par exemple, une association qui

(529) *de Vareilles-Sommières*, op. cit., n° 668 ; cf. aussi *Giovene*, op. cit., p. 121-2.

s'est formée dans le but d'offrir l'instruction èlémentaire aux classes pauvres, reçoit une libéralité pour créer un cours supérieur ; la charge dont est grevée la libéralité absorbe ici tout l'émolument, puisqu'elle impose aux associés une dépense supplémentaire équivalant au montant de la libéralité, et n'allège donc pas les sacrifices qu'ils doivent continuer à consentir pour assurer les services antérieurs. Si une telle libéralité, d'abord, est contenue dans un legs, l'absorption de l'émolument par la charge est purement indifférente : « tant selon les sources du droit romain que selon le droit positif italien, nous avertit *Ferrara,* si le legs, normalement, tend à procurer un avantage au légataire, ce n'est pas là un caractère qui lui soit essentiel, parce que le legs peut se définir d'une manière absolument générale : tout réglement des rapports patrimoniaux du testateur pour l'époque où il aura cessé de vivre»(530). Une libéralité grevée d'un tel *modus* est-elle contenue dans une donation entre vifs : il nous paraît exact d'invoquer ici la définition du *modus* que donne *N. Coviello* (531) : le *modus* est « une mesure, ou mieux : une limitation de la libéralité »; et on ne peut concevoir de *modus* que dans l'acte à titre gratuit : ainsi, la charge imposée par le vendeur à l'acheteur ne peut s'appeler *modus,* « parce que, nonobstant son apparence d'obligation accessoire, elle n'est autre chose en substance qu'une partie de la contre-prestation dûe au vendeur ». Il en résulte que si l'exécution de la charge absorbe tout l'émolument de la prétendue donation, on ne peut plus parler de *modus*, puisqu'il n'y a pas limitation

(530) *Ferrara,* op. cit., p., 663-4 ; cf. aussi les auteurs qu'il cite — adde : *Giovene,* op. cit., p. 122-5 — contra : *Ascoli,* dans R. d. *civ.*, 1911, p. 572 et sq.

(531) op. cit., p. 430-1.

seulement de la libéralité, mais absorption ; et le soi-disant *modus* représente ici une contre-prestation équivalente à la soi-disant libéralité ; cette dernière perd son caractère et n'est qu'un acte à titre onéreux. Mais il ne faut pas que les adversaires de la capacité de recevoir à titre gratuit des associations triomphent de cette concession : dans les hypothèses mêmes, et qui ne sont pas les plus fréquentes, où la charge imposée absorbe l'émolument, il résulte bien que la donation apparente se résout en un contrat à titre onéreux, non pas que la disposition s'adresse à l'association inexistante au lieu de s'adresser aux associés ; « ce qui peut être mis en question, dit justement *Giovene,* c'est la nature juridique de l'acte conclu, mais non pas la personne qui y est partie »(532) ; le contrat est valable et produit ses effets, et c'est là tout ce qui importe.

Une objection du même genre s'adresse exclusivement aux associations perpétuelles, ou, si l'on veut, ouvertes : puisque, dans ces associations ,les membres passent tandis que le groupe subsiste ; et puisque, en vertu de la clause de réversion, les associés demeurant voient s'accroître leur quote-part de la part des associés décédés ou défaillants, n'est-ce pas que l'auteur de la libéralité a entendu faire bénéficier, non pas les membres, mais l'être abstrait, d'ailleurs frappé d'incapacité absolue ? On oublie seulement que « la réversion n'est pas l'œuvre de l'auteur de la libélité, mais la conséquence d'un contrat conclu entre les divers gratifiés (les associés), et par lequel ces gratifiés disposent de la chose donnée ou léguée, comme tout autre gratifié aurait pu le faire par une vente ou par un échange »(533). Mais, réplique-t-on, il

(532) op. cit., p. 122.

(533) *de Vareilles-Sommières, Contrat d'association,* p. 53.

peut arriver et il arrive le plus souvent que l'auteur de la libéralité lui-même grève les gratifiés de cette affectation sociale ; sans doute, mais en faut-il conclure que les véritables gratifiés ne sont pas les membres ? En aucune façon : le *modus* attaché à la libéralité est perpétuel, mais « rien ne s'oppose à ce que la charge... qui grève une donation ou un legs soit perpétuelle » (534). Le point de vue que nous combattons a d'ailleurs été repris et précisé par *Ferrara* : « Si la libéralité doit s'entendre comme adressée aux associés, par qui devrait-elle être acceptée : par le président, autorisé par décision de majorité, ou par tous les associés ? Et qu'arrivera-t-il, si certains associés refusent ou renoncent ? car du moment que la donation ou le legs s'offrent à eux comme individus, il est certain qu'ils peuvent agir à leur guise. Au surplus, quels sont les gratifiés ? les membres qui forment l'association au moment de la confection du testament, ou, au contraire, ceux qui la composent au moment de l'acceptation du legs ? Au premier cas, la libéralité s'adresse même à des individus qui ont cessé d'être associés..., et, dans le second, comment peut-on reconnaître un *animus donandi* en faveur de personnes futures et ignorées qui ne sont déterminées que postérieurement à la déclaration de volonté du disposant ? Cela démontre que l'intention du disposant est tournée vers l'association individualisée par son but ; non pas vers les personnes physiques des associés, fongibles, individuellement indifférentes, ignorées complètement du disposant. Les personnes physiques des associés sont des mannequins tirés par la doctrine pour maintenir une libéralité, qui, sans cela, tombait dans le vide ; le manque de personnalité de

(534) *de Vareilles-Sommières*, op. et loc. cit. — adde : *Giovene*, op. cit., p. 120-1.

l'association rend vaine l'intention du testateur : vouloir scinder sa libéralité en une constellation de libéralités partielles en faveur des associés éventuels et avec la charge d'affectation sociale, c'est manifestement un artifice »(535). A vrai dire, aucun de ces arguments ne nous paraît déterminant. L'acceptation de la libéralité n'offre pas, selon nous, de difficulté qui soit propre à la nature de cet acte juridique ; qu'il s'agisse d'une libéralité ou de tout autre *negotium*, il n'est que d'appliquer les règles posées ci-dessus (chap. XII) sur les rapports entre associés et leur représentant : l'acceptation d'une libéralité dépassant les limites de l'administration, le mandat présumé conféré au président du seul fait de son élection ne l'habilite donc pas, par lui seul, à cet effet ; si les statuts ou l'acte de nomination du président ne révèlent pas un mandat, exprès ou tacite, d'accepter les libéralités, il sera donc nécessaire qu'intervienne une décision d'assemblée générale autorisant à la majorité le président à cette acceptation ; de plus, s'il s'agit d'une donation entre vifs, comme elle doit être acceptée par acte authentique (article 1057, 2e alinéa, du Code civil), le mandat d'accepter lui-même — qu'il soit contenu dans les statuts, dans l'acte de nomination, ou dans une délibération postérieure de l'assemblée générale — doit être authentique (article 1058 du Code civil)(536). Et vraiment, l'éventualité du refus par un associé d'accepter la libéralité ne constitue pas davantage une objection qui soit

(535) *Ferrara*, op. cit., p. 1028-9.

(536) D'ailleurs, le mandat d'accepter les donations n'est pas assujetti à la spécialité : article 1058 in fine Code civil (= article 933, 1er alinéa, Code civil français) ; suffit donc un mandat en forme authentique d'accepter toutes donations qui pourraient être faites.

particulière à notre matière, elle se pose au contraire chaque fois qu'il s'agit pour l'association d'exercer un droit ou une faculté : d'abord, il n'est pas absolument exact que si la libéralité s'adresse aux associés *ut singuli,* ces derniers « peuvent agir à leur guise »; ici, comme à propos de toute manifestation d'activité sociale, les associés sont soumis à la loi de majorité, qui est le « nerf vital de l'association ouverte »(536 bis), ils ont par avance accepté de respecter toute décision de majorité (avec les réserves vues supra, chap. XI). Et s'il demeure qu'ils violeront peut-être leur engagement, leurs co-associés pourront leur rappeler, devant les tribunaux, la loi du contrat ; l'associé persiste-t-il alors dans sa résistance, ils obtiendront des dommages-intérêts précisément équivalents à la part de l'associé récalcitrant dans la libéralité ; plus simplement encore, ils ont en main l'arme de l'exclusion, exclusion qu'ils prononceront en assemblée générale si une clause expresse des statuts le décide, qu'ils pourront au moins demander au tribunal au cas contraire (cf.supra, chap. XV, n° 45) : or, dans les deux cas, en vertu de la clause de réversion, la quote-part dans la libéralité de l'associé exclu accroîtra à ses co-associés. Nous arrivons à l'objection fondamentale : si la libéralité s'adresse aux membres de l'association telle quelle existe au moment de la confection de la donation ou du testament, seront gratifiés des individus qui ne seront plus associés au moment de l'acceptation, solution qui est contraire à la volonté du disposant ; s'il faut au contraire voir les gratifiés dans les membres de l'association au moment de l'acceptation, les membres qui ont acquis la qualité d'associé postérieurement à la confection de la donation ou du testament n'auront pu être envisa-

(536 bis) cf. supra, chap. XI, note 391.

gés par le disposant, qui ne saurait donc avoir *l'animus donandi* à leur égard. Nous repoussons la première alternative, qui méconnaît l'intention du disposant, et nous adoptons la seconde, parce que n'est plus en vigueur en droit moderne le rescrit de l'empereur Hadrien sur les personnes incertaines, et que peu importe que le testateur ne se fasse pas, lors du testament, une idée exacte du gratifié, pourvu qu'à l'époque de sa mort le gratifié soit déterminable (537): si bien que l'intention du testateur d'adresser sa libéralité aux membres qui composeront l'association lors de son décès, et à charge d'affectation sociale, ne se heurte à aucun obstacle juridique. Et il ne faut pas invoquer avec *Ferrara* que cette libéralité avec charge aux associés est impuissante à remplir le vœu du testateur : « l'intention du disposant, dit-il, est de faire entrer les biens purement et simplement dans le patrimoine de l'association ; or les prétendus bénéficiaires, — les membres —, ont seulement l'obligation personnelle de maintenir leur quote-part dans le patrimoine commun, obligation qu'ils peuvent violer, et que leurs créanciers personnels n'ont pas à respecter »(538). Il n'est pas douteux que le régime de l'association non reconnue n'est pas aussi sûr, aussi propice au but social que le régime corporatif, et nous n'en avons pas fait mystère ; mais l'imperfection même du procédé par lequel le disposant peut réaliser son intention libérale nous semble un étrange argument pour lui dénier ce moyen imparfait lui-même.

Pas plus dans l'association ouverte que dans l'as-

537) cf. *Colin et Capitant*, Cours élémentaire de droit civil t. III, p. 869. — *Planiol*, op. cit., III, n°° 2924 et sq. : « L'obstacle qui empêche les personnes instituées de recueillir est un pur obstacle de fait : on ne sait pas qui elles sont. »(n° 2928).

(538) *Ferrara* op. cit., p. 1029.

sociation fermée, la capacité de l'association de recevoir des libéralités ne doit être contestée. Et, ce principe admis, il n'y a pas croyons nous, à distinguer, avec *Giovene* (539), selon que le disposant aurait eu en vue les associés, parfaitement capables, ou l'association, personne morale inexistante : la libéralité adressée à l'association serait valable ou nulle selon le résultat de l'interprétation de volonté du disposant. Qu'on admette, si l'on y tient, cette distinction, mais en reconnaissant quelle n'a pas de portée pratique, parce que l'interprétation de la volonté du disposant amènera infailliblement à la conclusion que ce sont les associés, et non la soi-disant personne morale de fait, qu'a eus en vue le disposant. Avec *de Vareilles*, « nous faisons sans peine cette concession théorique que si par hasard il est bien démontré que le donateur a voulu donner à l'être qui n'est pas, la libéralité est nulle. Mais ce que nous ne concédons pas, c'est que le donateur, pratiquement, ait parfois cette intention..., c'est que le don à une pure abstraction ne soit pas une hypothèse d'école » (540). Car, comme le dit ailleurs le même auteur (541), « il est clair que le disposant a voulu désigner par là — l'association — les associés pris comme tels ; il a entendu par association ce qu'entendent communément tous ceux qui n'ont pas l'esprit troublé par la métaphysique de l'Ecole, la totalité des associés pris en cette qualité (542). Il s'est servi d'une expression abrégée pour

(539) op. cit., p. 115-6, 161-2. — cf. aussi *Giorgi* op. cit., I, p. 152-9.

(540) *de Vareilles-Sommières, Contrat d'association*, p. 70.

(541) *de Vareilles-Sommières, Personnes morales*, n° 670.

(542) sic *Chironi et Abello*, op. cit., I, p. 171-2 : « Les droits, même transmis par acte de dernière volonté acquis à l'association, doivent être entendus comme acquis aux individus associés, dont les noms respectifs sont compris dans cette abréviation par laquelle est désignée leur union. »

indiquer à la fois les bénéficiaires de la libéralité et la charge dont elle est grevée. On doit bien penser que le donateur n'a pas perdu la raison et qu'il n'a pas songé à gratifier une entité inexistante. Il savait bien que les hommes seuls peuvent être propriétaires, que l'entreprise à laquelle il s'intéresse ne peut être conduite que par des hommes, et que le seul moyen pour lui d'y coopérer était de donner à ces hommes de quoi la soutenir. C'est le cas ou jamais d'appliquer la maxime : *potius interpretandi sunt actus ut valeant quam ut pereant* »(543).

N° 52. Mais une controverse particulièrement vive, et souvent portée devant les tribunaux, s'est élevée à propos de la capacité de recevoir à titre gratuit de certaines associations : les congrégations religieu-

(543) Il est donc inutile de recourir à l'expédient, si contestable d'ailleurs au point de vue juridique, qui consiste à sous-entendre, dans la libéralité adressée à l'être inexistant, la condition que l'association obtiendra ultérieurement la personnalité (cf., pourtant, dans ce sens : *Giorgi*, op. cit., I, p. 137-159 ; *Giovene*, op. cit., p. 162 ; *Ferrara*, op. cit., p. 1029) : est-il légitime, en effet, de mettre *in conditione* un des éléments essentiels à la validité de l'acte juridique et qui doivent donc se trouver réunis au moment même de l'acte, tels que l'existence du sujet ? Il est vrai que la théorie du « *nondum natus* » est reçue, en Italie, par la jurisprudence tant judiciaire qu'administrative à propos de la fondation directe ; et *Giorgi* en conclut qu'a fortiori la reconnaissance postérieure doit valider le legs adressé à l'association, être inexistant : si l'œuvre à constituer dit-il, est tenue pour sujet juridique conçu grâce à la seule description qu'en fait le testateur, on ne peut refuser la même qualité au groupe des associés, qui a du moins le mérite d'exister en fait (cf. *Giorgi*, op. et loc. cit). Et, par ce subterfuge, le sujet existe lors de la mort du testateur. (Cf. d'ailleurs, sur la critique de cette jurisprudence en matière de fondation directe, et sur la possibilité d'asseoir la fondation directe sur un autre fondement : acte autonome d'institution d'une œuvre et de destination d'un patrimoine, ne se confondant ni avec l'institution d'héritier, ni avec le legs. et n'étant pas soumis à leurs conditions : *Ferrara*, op .cit. p. 790 et sq.).

ses. C'est la question fameuse de la « *frode pia* », qui divise encore la doctrine italienne, et qui a donné lieu à plusieurs revirements de jurisprudence. On sait que la loi italienne a enlevé à ces congrégations la personnalité morale, mais sans dénier aux religieux le droit de s'associer ; or, la difficulté se pose dans les termes suivants : un legs adressé à un ou plusieurs religieux n'est-il pas nul comme s'adressant par personne interposée au profit d'un incapable, la congrégation *supprimée* ?

Avant tout, il importe de préciser la situation juridique des parties intéressées. On peut imaginer d'abord que le religieux légataire est un légataire fiduciaire proprement dit : nous entendons par là qu'il ne joue pas le rôle de prête-nom, de légataire seulement apparent parce que le legs s'adresserait en réalité à la congrégation tout entière ; autrement dit, il n'y a pas ici simulation par interposition de personne, mais legs réellement adressé au religieux légataire, avec la charge secrète d'en faire parvenir le bénéfice aux autres religieux de la congrégation ; et, à ce sujet, nous renvoyons à l'opposition entre l'acte fiduciaire et l'acte simulé que nous avons esquissée à propos des comités promoteurs (cf. supra, n° 16 in fine). Rappelons seulement que l'acte fiduciaire se décompose essentiellement en deux éléments : d'une part, le transfert d'un droit réel ou personnel au fiduciaire, transfert sérieux et valable, transfert définitif et non susceptible de révocation ; et, d'autre part, obligation assumée par le fiduciaire de faire du droit transféré un usage déterminé, obligation sanctionnée seulement par une action en dommages-intérêts exercée par l'auteur du transfert, — et croyons-nous, par les bénéficiaires de l'affectation s'ils sont intervenus à l'acte— Ainsi, ce transfert n'est pas susceptible de révoca-

tion, et le fiduciaire est investi définitivement et *erga omnes* ; en cela, l'acte fiduciaire se distingue nettement de l'acte conditionnel, où la défaillance de la condition se produit de plein droit et avec effacement rétroactif absolu de l'acte ; de l'aliénation avec charge, où est possible la révocation judiciaire, mais sans porter atteinte aux droits des tiers acquis avant la transcription de la demande en révocation (cf. article 1080 Code civil ; contra : article 954 Code civil français) ; de l'acte simulé (544), enfin, où le contrat est en réalité passé avec un autre que l'acquéreur apparent ou prête-nom (545), lequel n'acquiert aucun droit. Il est vrai qu'il sera souvent délicat de décider si l'intermédiaire est un prête-nom, ou bien un fiduciaire, titulaire réel, seulement chargé secrètement d'une obligation personnelle d'affectation : pure question d'interprétation de la volonté des parties (546) ; le fiduciaire, de point de vue économi-

(544) Si, dans l'espèce le religieux légataire n'apparaissait pas comme titulaire sérieux, mais comme prête-nom, personne interposée pure et simple : cf. infra, n° 54, note 589.

(545) Le prête-nom n'est qu'une variété de simulation relative. La simulation est absolue si on ne fait aucun acte juridique réel. Elle est relative, lorsqu'on veut accomplir un acte juridique, mais différent de l'acte passé en apparence : soit par le caractère (par exemple, donation par vente simulée) ; soit par le sujet (par exemple, donation faite à une personne, et consentie, en apparence, à une autre, personne interposée) ; soit par le contenu (quand l'objet de l'obligation, tel qu'il résulte de la déclaration, est plus ou moins étendu que l'objet réellement voulu par les parties : par exemple, vente à un prix supérieur à celui énoncé au contrat) : cf. *N. Coviello*, op. cit., p. 356 — La simulation n'est pas ,à elle seule, une cause de nullité de l'acte dissimulé, réellement voulu par les parties : si l'acte dissimulé lui-même remplit toutes les conditions, tant de forme que de fond, auxquelles la loi soumet sa validité, il est valable, bien que dissimulé. A fortiori, l'acte fiduciaire en principe est-il valable, puisque, loin de contenir une simulation frauduleuse, l'acte est réel, sérieux, doublé seulement d'une charge secrète

(546) cf. Coviello, op. cit., p. 382-3.

que, n'est qu'un mandataire ; mais, juridiquement, c'est le titulaire exclusif du droit : si donc, dans l'intention de l'aliénateur et de l'acquéreur, ce dernier a été investi du droit ; s'ils ont voulu cet effet juridique plein, dépassant le résultat économique cherché, l'acte est fiduciaire (547).

Or, en présence d'une fiducie testamentaire, il est indispensable de compléter l'exposé des principes généraux qui régissent l'acte fiduciaire par la disposition particulière de l'article 829 du Code civil, dont le premier alinéa décide : « N'est admise aucune preuve que les dispositions faites en faveur de personnes déclarées au testament sont seulement apparentes, et s'adressent en réalité à d'autres personnes, nonobstant toute expression du testament qui l'indique ou le fasse présumer »(548). Cette disposition est assez générale pour embrasser le legs fiduciaire et le legs par personne interposée ; elle s'inspire des inconvénients graves de la fiducie testamen-

547) Cf. *Ferrara*, *I negozi fiduciari*, art. cit. dans *Studi in onore di V. Scialoja*, II, p. 747. — Pour *N. Coviello*, op. cit. p. 382-3, «.. il faut toujours avoir présent que le critérium de la simulation, c'est l'entente entre celui qui déclare sa volonté, celui auquel s'adresse en apparence la déclaration, et celui auquel elle s'adresse effectivement ; si ce dernier ne participe pas à l'accord, on aura un acte fiduciaire, non un acte simulé ». Ce critérium permettrait, en effet, de voir à coup sûr un acte fiduciaire, faute de cette connivence du bénéficiaire, ou même de preuve de cette connivence ;. et seulement à cette condition. Mais pourquoi cette connivence écarterait-elle nécessairement le caractère fiduciaire de l'acte ,si l'intention des intéressés est bien d'investir juridiquement celui auquel la déclaration est adressée ?

(548) Par exemple, — à titre de commentaire de la finale de l'aliéna, — « je lègue mes biens à Pierre pour qu'il les transmettre à la personne que je lui ai indiquée » : le caractère fiduciaire du légataire est nettement indiqué par le testateur ; la charge secrète est pourtant de nul effet, et le legs tenu pour pur et simple. Cf. *Gianturco*, *Delle fiducie nel diritto civile italiano*, 1881, p. 41-2.

taire : « Dans un système juridique où celle-ci est admise, on est exposé à des contestations incessantes tendant à prouver le caractère fiduciaire du legs ; surtout, le caractère occulte du bénéficiaire définitif offre un moyen commode de faire passer les libéralités à des incapables »(549) ; et c'est si vrai que la jurisprudence française annule toutes dispositions testamentaires qui recèlent une charge secrète, comme présumées adressées à un incapable (550). *Laurent* invoquait aussi, en faveur de la nullité, le fait que le testament est alors en grande partie oral et ne remplit donc pas les conditions de forme imposées par la loi (551) ; argument qui nous semble conduire plutôt à la solution du Code italien, à savoir : maintien du legs et méconnaissance de la charge secrète, autrement dit : assimiliation à un legs pur et simple. Au surplus, « dans les deux systèmes, français comme italien, le testateur est averti que, s'il veut recourir à une fiducie, les biens n'iront pas à celui à qui il les destine ; mais aux héritiers légitimes en droit français, au légataire fiduciaire en droit italien »(552). Si nous reprenons notre hypothèse d'un legs fiduciaire adressé à un religieux : puisque le legs fiduciaire est assimilé par la loi au legs pur et simple, et que la preuve du caractère fiduciaire du legs est interdite par l'article 829, 1er alinéa, il apparaît au premier abord qu'il ne saurait être question de prétendre que

(549) *de Ruggiero, L'illiceita della fiducia testamentaria*, dans *R. d. civ.*, 1913, p. 438 — cf., sur d'autres inconvénients encore, même article, p. 461, 464.

(550) cf. *Planiol*, op. cit., III, p. 784.

(551) cf. *Laurent*, *Principes de droit civil français*, XI, p. 436.

(552) *de Ruggiero*, *L'illiceita*... etc., art. cit., dans *R. d. civ.* 1913, p. 441.

les bénéficiaires réels sont autres que le religieux légataire ; il apparaît que le legs est inattaquable.

Il est vrai que l'article 829 ajoute dans son 2e alinéa : « Cette disposition ne s'applique pas dans l'hypothèse où l'institution ou le legs sont attaqués comme faits par personne interposée au profit d'incapables ». Et la doctrine ancienne estimait que ce 2e alinéa de l'article 829 autorisait, en cas de legs adressé à un religieux, la recherche d'interposition de personne au profit de la congrégation *supprimée,* et l'annulation de la disposition testamentaire tout entière si cette interposition était prouvée (553) ; et tel était aussi le système unanime de la jurisprudence (554). En 1884, dans un exposé où se trouvent déjà en substance les plus solides arguments en faveur de la validité des dispositions testamentaires adressées à un religieux, *Losana* fit observer qu'il y avait une contradiction irréductible à tenir pour légalement inexistantes les congrégations religieuses, et à les ressusciter arbitrairement à l'occasion de legs adressés à un religieux pour déclarer ce religieux personne interposée au profit de la congrégation ; la loi supprime l'être moral et respecte l'association de religieux : on ne peut en même temps refuser le régime de la personnalité morale à l'association de religieux, d'ailleurs licite, et la présenter comme une personne morale incapable, bénéficiaire effective du legs adressé

(553) cf. *Vitali, Delle successioni,* (dans la collection *: il diritto civile italiano*, de *Fiore,* édition 1893), II, p. 106 et sq ;et les auteurs cités par *Giovene* op. cit., p. 164.

(554) cf. Cassation Turin, 10 juillet 1874, dans *G. tor.,* 1874, p. 653 ; 17 septembre 1877 dans *Eco di giurispr.,* I. p. 569 ; 18 juin 1881, dans *G. I.* 1881, I, 1, 519 — Cassation Rome 8 mars 1877, dans F. I., 1877, I, p. 454 — Cassation Florence, 29 avril 1878, dans F. I.,1877, I, 1, 769 — et les autres arrêts cités par *Giovene,* op. cit., p. 165.

à un religieux (555). D'ailleurs, les incapacités de recevoir à titre gratuit sont énumérées dans les articles 764 et suivants du Code civil (comparez : articles 906 et suivants Code civil français), et l'article 773 qui frappe de nullité les libéralités adressées par personne interposée à des incapables, spécifie quels sont ces incapables : ce sont ceux énumérés aux articles 764 et suivants ; aussi *Coviello* conclut-il : « L'article 829 pose le principe que la preuve de la fiducie est inadmissible dans l'intérêt de qui que ce soit ; il autorise, par exception, à cette preuve les personnes intéressées à la nullité de la disposition, quand cette disposition est faite par personne interposée au profit d'incapables. Maintenant, quels sont ces incapables ? C'est l'article 773 seul qui répond à cette question ; non pas l'article 829, qui, implicitement, mais clairement, renvoie sur ce point à l'article 773 : en sorte que les limites d'application de l'article 773, le sont aussi de l'article 829, 2e alinéa, lequel n'a pas une valeur indépendante de celle de l'article 773, auquel il est intimement rattaché dans la construction légale » (556).

Devant ces protestations d'une partie de la doctrine, la jurisprudence hésite ; et, tandis que les Cours de Cassation de Turin et de Florence (557) persistent à appliquer l'article 829, 2e alinéa, aux legs adressés à un religieux, et à autoriser la preuve d'interposition de personne au profit de la congrégation

(555) cf. *Losana*, *Le successioni testamentarie secondo il codice civile italiano*, 1884, p. 251-2, cité par *Giovene*, op. cit., p. 166.

(556) *N. Coviello*, *La Chiesa cattolica e le disposizioni testamentarie in suo favore*, dans *G. I.*, 1901, IV, 327, (cité par *Giovene*, op. cit. p. 167).

(557) Cassation Turin 31 décembre 1887, dans *G. tor* 1890, p. 176 ; 19 juillet 1900, dans F. I. 1901, I, p. 307 — Cassation Florence, 2 mars 1903 dans F. I., I, p. 620 — cf. autres décisions dans *Giovene*, op. cit., p. 168.

supprimée, les Cours de Cassation de Rome et de Palerme (558) se rallient à la thèse nouvelle, et reconnaissent que l'interposition au profit d'un incapable suppose nécessairement un destinataire existant, quoique incapable, et ne peut donc se concevoir au profit d'une congrégation inexistante, être supprimé. Mais, alors que la doctrine reste, à l'heure actuelle encore, divisée, l'unanimité s'est reconstituée à nouveau dans la jurisprudence, et en faveur de la nullité, depuis l'arrêt rendu toutes chambres réunies par la Cour de Cassation de Rome, le 23 mars 1908, (559), sur les conclusions de l'Avocat général *Mortara:* celui-ci reprit et développa l'argument déjà invoqué par *Schiappoli* (560) et tiré de l'article 28 de la loi du 19 juin 1873. Cette loi étend à la province de Rome les lois antérieures supprimant les êtres ecclésiastiques ou ordonnant la conversion des biens des êtres ecclésiastiques exceptionnellement conservés (cf. supra, chap. II, n° 5) ; l'article 27 dispose : « Les êtres exceptés de la *suppression* par la présente loi... ne peuvent accroître par de nouvelles acquisitions leur patrimoine actuel » ; et l'article 28 « Seront nuls les dispositions et actes accomplis en fraude des incapacités établies par les lois pour les êtres ecclésiastiques, encore qu'ils soient dissimulés sous un contrat onéreux ou faits par personne interposée ». Ces articles, pour *Mortara,* contiennent une interprétation authentique des articles 773 et 829 du Code civil, dont ils reproduisent les termes ; ils indiquent clairement que les dispositions du Code civil, sur la possibilité de prouver le caractère

(558) Cassation Rome, 25 avril 1892, dans G.I., 1892. I, 1. 752 — Cassation Palerme 2 juillet 1904, dans F. I. 1904, I, p. 1490 — cf d'autres décisions dans *Giovene,* op. cit. p. 168.

(559) dans F. I., 1908, I, p. 401.

560) *Schiappoli,* op. cit., (édit. 1902), p. 591, (cité par *Giovene,* op. cit. p. 168.

fiduciaire et de faire prononcer la nullité des libéralités accomplies par personne interposée au profit d'incapables, ne visent pas seulement les individus ou êtres frappés d'incapacité relative par les articles 764 et suivants, mais aussi les êtres frappés d'incapacité absolue comme le sont les personnes morales *supprimées*; et l'on peut, en effet, invoquer en ce sens les travaux préparatoires de la loi de 1873, et en particulier l'opinion de *Mancini,* rapporteur de la loi à la Chambre des Députés. Seulement, les travaux préparatoires ne laissent pas d'être invoqués aussi en sens contraire, et, de toute manière, ils n'offrent pas un argument décisif, puisque le texte de la loi, seul, s'impose en définitive au respect de l'interprète : or, tandis que l'article 28 de la loi est tenu par les uns (561) pour une disposition absolument générale, visant *in globo* toutes les incapacités établies par les lois de suppression, aussi bien les incapacités absolues des êtres supprimés que les incapacités relatives des êtres exceptionnellement conservés ; pour d'autres (562). il n'est qu'une modeste annexe de l'article 27, spécial aux êtres conservés, et, s'il sanctionne toutes les incapacités dont les lois de suppression ont frappé les êtres exceptionnellement conservés, il n'a rien à voir avec les êtres supprimés, désormais inexistants. La loi de 1873 n'offrirait donc aucun argument nouveau sur la question, et les arguments susénoncés de *Losana* ou de *Coviello* demeurent entiers : l'article 829 comme l'article 773 ne prévoient d'interposition de personne qu'au profit des incapables, énumérés aux articles 764 et suivants, frap-

(561) cf. *Mortara*, conclusions citées, en note dans F. I., 1908, I, p. 401 — *Schiappoli*, op. et loc. cit. — *Giovene*, op. cit., p. 173-8, et les auteurs cités par lui p. 169.

(562) cf., en particulier, *Simoncelli*, note sous Cass. Rome, 23 mars 1908 dans F. I. 1908, I, p. 554 et sq. — *Coviello N.*, op. cit., p. 227 et sq. — *Ferrara*, op. cit., p. 1032-3.

pés d'incapacité relative ; ils ne visent pas ces prétendus incapables que sont les personnes morales supprimées : non incapables, mais inexistantes, néant juridique.

N° 53. Or, admettons par hypothèse, d'une part, que l'article 829, aliéna 2, en permettant la preuve de la fiducie au cas d'interposition de personne au profit d'incapables, vise d'autres incapables que ceux énumérés aux articles 764 et suivants ; d'autre part, que l'article 28 de la loi de 1873 frappe de nullité tous les actes accomplis par personne interposée au profit des êtres ecclésiastiques tant supprimés que conservés. Même alors, nous croyons que jamais ne pourra s'en suivre la nullité du legs fiduciaire adressé aux religieux. En effet, cette interposition au profit d'un incapable, il faut la prouver ; or, à moins de confondre grossièrement la personne morale, supprimée, inexistante, et l'association non reconnue mais parfaitement licite, on arrivera peut-être à établir que le legs s'adresse en définitive à tous les religieux de la congrégation, à tous les associés, jamais à l'être moral, inexistant par hypothèse même : et précisément, pour invalider le legs, c'est l'être moral qu'il faudrait faire apparaître comme bénéficiaire ultime, non les associés, qui sont, eux, parfaitement capables, et, comme tous les citoyens, sous l'égide du *Statut fondamental.* Et qu'on n'invoque pas ici la fraude à la loi : car, s'il était vrai que par ce détour l'effet des lois de suppression fût compromis, il resterait qu'on se trouve en présence de deux volontés légales inconciliables : la liberté d'association des religieux et leur capacité d'une part, la suppression de la mainmorte ecclésiastique de l'autre ; et que, de ces deux volontés légales, rien n'autorise à sacrifier à l'autre celle qui s'appuie sur la Constitution. Au reste, ce conflit n'est pas si accusé qu'on

le veut bien dire : puisqu'il n'est pas indifférent à l'efficacité d'action et à la sécurité d'un groupement qu'il jouisse ou non de la personnalité morale, il n'y a pas identité entre le legs dont bénéficient les religieux par parts indivises et celui qui s'adresserait à la congrégation dotée de personnalité ; l'opinion contraire aboutit à dénier toute importance à la personnalité. Reprenons cette argumentation.

D'abord, il faut prouver l'interposition de personne au profit de l'incapable ; les présomptions d'interposition, énoncées à l'article 773 du Code civil, sont, nul ne le conteste, limitatives (563), et les lois de suppression n'ont pas édicté à l'égard des religieux une présemption d'interposition de personne telle que celle portée par l'article 17 de la loi française du 1[er] juillet 1901. Or, comme l'ont depuis longtemps noté *Losana* et *Simoncelli* (564), en reconnaissant même la portée la plus large à l'article 829, 2[e] alinéa, si les congrégations religieuses ont perdu la personnalité, ne sont pas des personnes aux yeux de la loi, on ne peut soutenir en même temps qu'elles existent dans le seul but de présenter comme accomplie en leur faveur une interposition frauduleuse de personne. « Comment, demande aussi *Ferrara,* parler ici d'interposition, figure juridique trilatérale, qui requiert l'existence de trois personnes, quand l'être juridique n'existe pas en fait,

(563) cf. *Gabba, Donazioni e lasciti per interposta parsona a comunita o associazioni religiose, dans : Nuove questioni di diritto civile,* EPQC, *p.* BQ-L .. *Ascoli, Disposizioni a favore di enti religiosi soppressi mediante interposizione di persona,* dans *R. d. civ.*, 1909, p. 253.

(564) *Losana, op. et loc. cil. ; Simoncelli, La frode pia,* dans : *Studie in onore di E. Pessina*, II, p. 81 et sq. (cités par *Giovene*, op. cit., p. 167). — cf. aussi : *Bertola, Comunita religiose e frodi pie nel diritto francese e nel diritto italiano*, dans *F.I.*, 1913, I, p. 1381 et sq.

et qu'en conséquence le rapport s'épuise entre qui donne et qui reçoit la libéralité ? Le corps moral *supprimé* n'est pas un incapable qui puisse être considéré comme destinataire de la libéralité, mais c'est un non-être, une vaine ombre, une pure fantasmagorie de l'esprit. La capacité ou l'incapacité présuppose un être existant ; c'est une qualité juridique qui ne peut se rapporter qu'à un sujet ; comme lorsqu'on dit d'une personne qu'elle est bien portante ou malade, on suppose toujours que cette personne est en vie ; mais le corps moral supprimé est un être mort, disparu de la scène juridique : on ne peut dire simplement de lui qu'il est incapable, autrement dit qu'il est un sujet dont la capacité d'agir est limitée » (565).

« On rapporte qu'un philosophe qui attribuait à une simple représentation des sens la perception des choses extérieures se fit une grave blessure en heurtant un corps dur; mais il s'en consola en niant la réalité de l'objet qui l'avait frappé. Pour nier l'existence des congrégations religieuses en Italie, il faudrait appartenir à

(565) *Ferrara* ,op. cit., p. 1031-2. — Cette distinction entre inexistence et incapacité n'est pas admise par *de Vareilles-Sommières* (*Contrat d'association*, p. 42-3), d'après lequel « la loi et la science classent simplement l'inexistence parmi les cas d'incapacité (articles 725 et 906 Code civil français) » — *Vitali*, op. cit., p. 314-5 invoque aussi l'article 724, 1er alinéa, du Code civil italien, aux termes duquel « sont incapables de succéder... ceux qui au moment de la succession ne sont pas encore conçus. » *Gabba* répond justement : « Cette disposition s'adresse aux personnes physiques et signifie seulement que la personne physique commence à être capale de succéder quand elle est conçue ; en déduire dogmatiquement le principe général que les non-êtres ne sont pas capables de succéder, est une conclusion injustifiée qui fait dire au législateur une sottise ; affirmer l'incapacité des couvents et monastères en les baptisant de non -êtres, c'est un non-sens... Le non-être incapable est une contradiction dans les termes. »(op. cit., p. 73-5).

l'école de ce philosophe...» (566). *Mortara* croit triompher par là. Mais qui a jamais nié l'existence des congrégations religieuses ? on prétend seulement que ces congrégations ne peuvent avoir en même temps perdu et gardé leur personnalité juridique, qu'il est injuste autant qu'illogique de leur refuser et de leur reconnaître tour à tour, selon les besoins de la cause, la qualité de sujets de droits ; mais on n'a jamais contesté, on affirme bien haut au contraire, que ces congrégations continuent à subsister, non plus comme personnes morales, mais comme pluralités d'individus, libres de se réunir et de s'associer, capables chacun pour leur compte dans les termes du droit commun, capables en particulier d'acquérir à titre gratuit. Parler ici de personne interposée au profit d'incapable, c'est ressusciter partiellement, en ce qui concerne une sorte d'associations et un aspect de leur capacité seulement, le sophisme périmé de ceux qui, se fermant les yeux et se bouchant les oreilles, s'obstinent à ne pas s'apercevoir qu'il y a des associés dans l'association, et substituent à ces associés, en chair et en os, la fiction, contradictoire dans les termes, d'une personne morale de fait (cf. supra, chap. VI). Il suffit, en effet, pour échapper à la conclusion de *Mortara,* « de se libérer de cette fausse représentation de la réalité, et de regarder l'association telle qu'elle est vraiment, c'est-à-dire non comme une unité effective, mais comme un complexus d'individus...» (567). Puisqu'il est constant que les lois de suppression n'ont pas entendu enlever aux religieux le droit de devenir associés, ni diminuer en quoi que ce soit leur capacité (cf. supra chap. II, n° 5), il faut, avec *Gabba,* tenir pour indis-

(566) *Mortara,* dans ses conclusions, en note au *F.I.*, 1908, I, p. 408.

(567) *Coviello N.*, op. cit., p. 226. — sic : *Ferrara*, op. cit., p. 1032.

cutable que les religieux peuvent acquérir par tous moyens ; étant bien entendu que ce n'est pas l'unité juridique qui acquiert, puisque l'association n'a pas de personnalité distincte de celles des associés, mais chaque associé chacun pour sa part (568). Cette faculté des religieux de posséder et d'acquérir en commun «.. deviendra peut-être un péril social ? elle menace de faire renaître la mainmorte ecclésiastique ? Si oui .. répond *Giorgi* (569) — que le législateur se hâte d'y remédier par des lois nouvelles, car celles qui nous régissent sont inaptes à conjurer ce péril. » Et c'est ce qu'avait proclamé la Cour de Cassation de Rome le 25 avril 1892 : « On discutera peut-être si dans l'intérêt public il convient d'abolir même la faculté de s'associer pour vivre sous une forme religieuse ou autre ; mais des discussions de cette espèce ne sont pas du ressort de l'autorité judiciaire, dont le rôle est d'appliquer la loi »(570).

Ainsi, « pour prouver l'invalidité du legs adressé à un religieux, il faut d'abord démontrer l'incapacité de ce sujet entre lequel et le testateur on prétend qu'il y a interposition de personne... Or, si les couvents et monastères sont capables d'acquérir par donation ou testament comme associations d'individus..., on ne peut comprendre à quoi servira bien la preuve qu'un legs adressé à un religieux l'est en réalité à tous les religieux du couvent »(571). Qu'importe la preuve d'interposition, puisque, si interposition il y a, les bénéficiaires réels — les religieux — sont parfaitement capables. « Inutile, donc, d'opposer l'ar-

(568) cf. *Gabba*. op. cit., p. 73-5.

(569) op. cit., VI, p. 192.

(570) dans *F.I.*, 1892, I, p. 1107, cité et approuvé par *Simoncelli* dans sa note citée au *F.I.*, 1908, I, p. 554.

(571) *Gabba*, op. cit., p. 73-75.

ticle 28 de la loi du 19 juin 1873, ou toute autre disposition défendant les acquisitions indirectes ou simulées en faveur des êtres ecclésiastiques supprimés. Le sujet des nouvelles acquisitions, comme le propriétaire du nouveau patrimoine, ce n'est plus l'être moral ecclésiastique, mais une association nouvelle qui n'est plus érigée en *corps moral* » (572). Comme le remarque *Brugi* (573), pour faire tomber la libéralité adressée au religieux, comme entachée d'interposition au profit d'un incapable, ce qu'il faudrait prouver, c'est l'incapacité des religieux associés à recevoir ce legs, et, bien entendu, on ne peut rapporter cette preuve.

Ces observations condamnent également la distinction qu'on a voulu faire, pour concilier, avec le respect de la liberté d'association et de la capacité des religieux, l'admission de la preuve d'interposition au profit de l'être inexistant. Aux termes du fameux arrêt de la Cour de Cassation de Rome du 23 mars 1908, « les associations, même entre religieux, ne sont pas interdites par les lois en vigueur ; mais quand elles acquièrent et transmettent pour donner existence à un être qui ne peut ni ne doit exister, quand l'association dans son essence n'est que la congrégation religieuse *supprimée,* il est clair qu'elle tombe sous le coup des lois de suppression » (574). Et *Giovene :* « Si l'on prétendait annuler, comme entaché d'interposition de personne au profit d'un incapable, un legs adressé par exemple à trois religieux, pour ce seul motif qu'ils appartiennent à une congrégation supprimée, alors, certes, on pourrait bien dire qu'en mé-

(572) *Giorgi,* op. cit., VI, p. 185.

(573) compte-rendu des *Associazioni di fatto* de *Giovene*, dans *R. d. comm.*, 1915, I, p. 876.

(574) cf. *F.I.*, 1908, I, p. 401.

connaissant la capacité des personnes physiques des associés, seulement parce qu'associés, on viole la liberté d'association garantie par la loi aux congrégations *supprimées* elles-mêmes, qu'on foule aux pieds les droits des citoyens. Mais personne n'émet une prétention aussi injustifiable : c'est seulement lorsque derrière ces trois religieux l'ordre religieux se cache et reçoit un avantage qu'on annule la disposition, dès lors frauduleuse »(575). De cette distinction, la Cour de Cassation de Rome, peu après l'arrêt de principe de 1908, — le 7 mars 1909 —, a voulu tirer la conséquence pratique : après avoir admis la preuve d'interposition de personne, elle a autorisé les religieux à prouver à leur tour que l'interposition, en l'espèce, «... ne tendait pas à frauder la loi, c'est-à-dire à transmettre les biens au couvent comme être autonome..., mais à assurer la jouissance en commun de ces biens aux religieux de l'ex-couvent..., personnes physiques, pleinement capables de succéder » (576). Une telle distinction ne distingue rien en réalité, parce que, selon la juste remarque *d'Ascoli*, « si, une fois prouvé par le demandeur que le religieux institué héritier ou légataire dans le but de faire parvenir les biens à l'association religieuse, on admet aussi la faculté pour le religieux institué de prouver que le défunt n'avait pas l'intention de frauder les lois de suppression, c'est-à-dire : qu'il ne voulait pas faire parvenir les biens au couvent comme être moral, mais aux co-associés, personnes physiques capables de succéder, et pour leur jouissance en commun, à coup sûr toutes les institutions de ce genre devront être tenues pour valides : le défendeur, en effet, réussira toujours dans une preuve qui n'est que la pure

(575) op. cit., p. 180.
(576) dans *F.I.*, 1909, I, p. 361.

application des principes juridiques en matière de personnalité »(577). L'expression est excellente : la « pure application des principes du droit en matière de personnalité » révèlera peut-être comme bénéficiaires, si interposition il y a, les religieux, d'ailleurs parfaitement capables, jamais l'être moral, inexistant (578). Il faut se garder seulement d'en conclure arbitrairement avec *Ascoli* (579) que le religieux institué ne doit pas être admis à faire cette contre-démonstration ; la conclusion qui s'impose, au contraire, c'est que la distinction est inutile parce qu'il n'y a rien à distinguer, et que, dans tous les cas, la preuve de l'interposition ne pouvant démasquer que des indi-

(577) *Ascoli*, art. cit., dans *R. d. civ.*, 1909, p. 411. — Aussi *Coviello N.*, (ou. cit., p. 230) a-t-il pu dire que cet arrêt de 1909, bien qu'il respecte dans la forme l'arrêt novateur de 1908, le contredit en substance.

(578) De même, dans l'espèce, invoquée par *Giovene*, op. cit., p. 182, où un Jésuite instituait héritier un autre Jésuite, la preuve soi-disant irréfutable d'interposition au profit de l'être inexistant aurait résulté d'un autre écrit du testateur qui manifestait sa volonté de faire profiter l'ordre entier de l'institution d'héritier. Il est vrai que l'ordre des Jésuites non seulement a été *supprimé* comme personne morale, mais dissous comme illicite ; nous renvoyons, pour les libéralités à l'association illicite : infra n° 55. Mais adstraction faite de cette circonstance, qui n'est d'ailleurs pas invoquée par *Giovene*, « même alors, il n'est pas démontré que les vrais bénéficiaires soient autres que les religieux associés » capables de recevoir à titre gratuit, que le vrai bénéficiaire soit l'être moral supprimé : et pour l'excellente raison qu'une telle preuve est rationnellement inconcevable. (cf. *Degni*, compte-rendu des *Associazioni di fatto* de *Giovene*, dans *R. d. civ.*, 1915, p. 430-1).

(579) *Ascoli*, op. et loc. cit., note 577 supra. — On voit que la « prétention injustifiable » d'annuler en tous cas la libéralité, comme entachée d'interposition au profit d'incapable, ne laisse pas d'avoir été émise, et combien on y est facilement conduit dès qu'on s'engage dans la distinction, ou prétendue telle, préconisée par *Giovene*.

vidus capables, dans tous les cas, aussi, la libéralité est valable (580).

N° 54. Il est vrai que les partisans de l'annulation ne manquent pas de mêler à la discussion un argument plus sérieux, qu'à la vérité il faut faire effort pour dégager et isoler, car on le présente presque toujours plus ou moins embarrassé dans les obscurités de la *personne morale de fait* (581). Pour l'exprimer sous son aspect le plus acceptable, nous dirons : quand bien même les vrais bénéficiaires seraient les associés, personnes capables, le legs fiduciaire adressé à un religieux, grâce aux pactes savants qui interviennent entre associés

(580) Cette distinction proposée par *Mortara*, et accueillie par la Cour de Cassation de Rome le 23 mars 1908, défendue ensuite par nombre d'auteurs (cf. en particulier : *Giovene*, op. cit., p. 180-3), apparaît donc inutile, faute d'hypothèses à distinguer. Elle est, en outre, dangereuse : elle permet en effet au juge de valider ou d'annuler la disposition fiduciaire selon que le fiduciaire dissimule les associés capables, ou la congrégation, personne morale supprimée ; mais quel pourra bien être le critérium ? Dès qu'on admet implicitement comme point de départ ce postulat insoutenable que l'interposition ne requiert pas nécessairement trois sujets de droits, on se réserve en tous les cas la possibilité d'annuler toute disposition en faveur d'un religieux. *Simoncelli* l'a bien indiqué à propos de l'arrêt du 23 mars 1908 : « Il sera toujours facile de répéter au religieux institué l'insinuante allocution qui fut adressée par l'Avocat général aux Péres Bénédictins de Rome : vous n'êtes pas les vrais bénéficiaires, parce qu'il aurait répugné à l'honnêteté de votre conscience... de violer le vœu de pauvreté que vous avez prononcé en entrant dans l'Ordre, et de vous rendre ainsi indignes moralement et canoniquement d'y demeurer... Que l'Avocat général dise sincèrement dans quels cas il ne conclura pas que *quidquid adquirit monachus adquiritur monasterio.* » *Simoncelli*, note citée, dans *F. I.*, 1908, I, p. 566). — De fait, c'est au profit de la congrégation qu'il y a interposition d'après tous les arrêts postérieurs, qui annulent en conséquence le legs (cf. infra, n° 54 in fine).

(581) La confusion est soigneusement évitée par *Ascoli*, art. cit., — cf. aussi les précisions de *Gabba* (qui combat l'argument), op. cit., p. 76.

pour perpétuer le patrimoine du groupement, contribue à la reconstiution de cette mainmorte que les lois de suppression ont entendu détruire : il constitue donc une fraude à la loi, frappant de nullité la disposition tout entière (582).

Cette fraude à la loi, fût-elle démontrée, nous paraît inapte à produire le résultat prétendu. Puisqu'il est incontesté que les lois de suppression n'ont pas touché à la liberté d'association des religieux, garantie par la Constitution ; que ces religieux, bien qu'associés, sont capables d'acquérir à titre gratuit, le legs dont ils bénéficient par l'intermédiaire du religieux fiduciaire doit être maintenu : car si la loi veut s'opposer à la mainmorte, elle veut également sauvegarder la liberté d'association et la capacité des religieux. Si cette liberté et cette capacité amènent nécessairement une reconstitution indirecte de la mainmorte, que le législateur s'en prenne à lui-même de ses volontés contradictoires ! Le législateur entendait-il, avant toute chose et à tout prix, proscrire la mainmorte religieuse ? Il devait, comme le fit plus tard le législateur français, déclarer illicite l'association même, et, dans une disposition non équivoque, frapper de nullité tous actes ayant pour objet de permettre à l'association, au groupe de fait, de posséder et d'acquérir (583), enfin présumer l'interposition de personne au profit du groupe dans tout acte juridique passé par un religieux (cf. article 17 de la loi française du 1er juillet 1901). Seul, un

(582) cf. en particulier, *Mortara* dans ses conclusions citées.

(583) Qu'on le note bien, ce n'est pas la personnalité seule qui est supprimée par la loi française ; le groupement de fait est déclaré illicite, et à lui-même la loi interdit explicitement toute activité juridique, en attachant à cette interdiction la sanction civile de la nullité.

tel régime, pour injuste qu'il soit, est efficace ; à défaut, la capacité des associés doit sortir son effet, encore que cet effet neutralise une autre disposition de la loi positive (584).

Mais si les deux volontés légales se contrarient, il est exagéré de dire qu'elles s'excluent invinciblement, et que le legs fiduciaire adressé à un religieux constitue réellement une fraude à la loi. Sans doute, nous admettons bien avec *Mortara* (585) que la fraude consiste à imaginer un moyen pour que tout se passe comme si l'être moral persistait. Mais, précisément, les moyens imaginés par les intéressés n'aboutiront jamais à procurer au patrimoine social en général, et au bien légué en particulier, cette fixité, cette sécurité, cette pérennité qui caractérisent la mainmorte et sont le fruit de la personnalité morale (586). C'est évident,

(584) *Giovene* note aussi «.. l'imperfection et la contradiction du système légal qui, après avoir *supprimé* les congrégations religieuses, reconnaît à leurs membres, comme à tous autres citoyens, la liberté d'association. »(op. cit., p. 182).

(585) conclusions citées, dans *F.I.*, 1908, p. 411-2. — *Gabba*, au contraire, (op. cit., p. 77-8), pose en principe qu'une loi prohibitive ne peut être interprétée qu'à la lettre ; mais une telle position équivaut, nous semble-t-il, ni plus ni moins qu'à exclure toute prise en considération de fraude à la loi. — Pour *Simoncelli* (art. cit., dans *F.I.*, 1908, I, p. 559-561), la fraude consiste bien à violer l'esprit de la loi ; mais, pour parler de fraude, il est nécessaire de saisir le but précis de la loi : or, quand le législateur ne s'explique pas nettement, — comme en l'espèce, — l'interprète et le juge tombent dans l'arbitraire en présumant que cette intention n'a pas été seulement de prohiber la voie principale expressément interdite, mais aussi toutes voies indirectes. (cf. aussi les arguments que tire cet auteur d'autres institutions juridiques ; en particulier de la tolérance par le législateur du legs d'usufruit, alors pourtant que la substitution est prohibée : même art., p. 564-9).

(586) La fraude à la loi par les établissements religieux exceptionnellement conservés, mais auxquels il est interdit de faire de nouvelles acquisitions, est, elle, certainement visée par l'arti-

si l'on admet que l'association non reconnue est menacée de la demande en partage de tout associé (587). Mais si l'on accueille la clause d'accroissement elle-même, et si on lui attribue tous les effets que nous lui avons attachés (cf. supra, chap. XIV)(588), il demeure toujours que le patrimoine social est exposé aux aliénations des associés et aux saisies de leurs créanciers personnels ; aliénations et saisies qui seront peut-être ultérieurement annulées, si se réalise la condition résolutoire que constitue la clause d'accroissement (cf. supra, chap. XIV, n° 43), mais qui n'en auront pas moins causé temporairement un trouble grave à l'association, s'ils ne la compromettent même définitivement. Surtout, nous savons que la répartition entre associés des droits immobiliers, soumis à transcription, — de ces droits immobiliers qui surtout sont en jeu lorsqu'on attaque la mainmorte —, est incompatible avec le changement continuel des membres, et qu'il faut, bon gré, mal gré, recourir au pis-aller d'un propriétaire fiduciaire, en s'exposant à tous les inconvénients de cette institution juridique (cf. supra, n° 49). Bien mieux, le legs en question lui-même est fiduciaire ; or, on se souvient que la preuve du caractère fiduciaire du legs n'est admise qu'exceptionnellement par l'article 829,

cle 28 de la loi de 1873 : cf. Cassation Rome, 4 juillet 1916, dans *G. I.*, 1917, I, 2, 468. D'ailleurs, ici, d'une part, il y a un être moral, frappé d'incapacité relative, susceptible donc d'être partie au contrat ou bénéficiaire d'un legs par l'intermédiaire de personne interposée ; et, d'autre part, si les acquisitions de ces congrégations par personne interposée n'étaient pas annulées, la fraude à la loi, ici, serait bien réalisée, puisque c'est au régime de la personnalité morale que sont soumis les biens d'un tel groupe.

(587) En ce sens, *Giorgi*, op. cit., VI, p. 190-2. — cf. aussi *Losana*, op. cit., p. 251-2.

(588) Effets qui ne semblent pas communément adoptés.

2e alinéa, à savoir : si la fiducie cache une interposition de personne au profit d'incapable ; cette hypothèse étant écartée, — l'interposition, si elle existe, cachant des bénéficiaires capables —, on retombe sous l'empire de la disposition générale de l'article 829, 1er alinéa, qui rejette la preuve de la fiducie et assimile donc pratiquement le légataire fiduciaire au légataire pur et simple : dès lors, le religieux institué héritier ou légataire est seul bénéficiaire aux yeux de la loi, qui n'admet pas les bénéficiaires secrets, — en l'espèce, les religieux —, à prouver le caractère fiduciaire du legs ; le religieux légataire peut donc impunément disposer de la libéralité, sans qu'aucune voie de droit le contraigne à se conformer à la charge secrète. Qu'on dise maitenant si la situation des congrégations religieuses est à cet égard aussi sûre que celle qui leur serait faite sous le régime de la personnalité morale : aucune équivalence dans les deux cas, et la fraude à la loi n'est pas réalisée (589).

(589) Qu'on n'objecte pas que le religieux institué obéira à sa conscience et transfèrera le bien ou sa jouissance à ses co-associés ; car, comme le remarque *Losana*, cité par *Simoncelli* (art. cit., dans *F.I.*, 1908, I, 561-2), « cette recherche des motifs serait de l'inquisition ; il suffit que le religieux ait le pouvoir d'aliéner *nullo jure cogente.* » — Au surplus, « en fait, il est arrivé souvent que ces biens..., qui devaient se perpétuer dans une association religieuse, ont été ensuite gardés en propriété, dans un tout autre but, soit par le légataire, soit par d'autres religieux, soit par les héritiers de ceux-ci. »(*Gabba*, op. cit., p. 77). — Nous avons toujours raisonné dans l'hypothèse d'un fiduciaire proprement dit (cf. supra, n° 52 in princip.) ; or, nous avons noté la difficulté de distinguer nettement, par interprétation de la volonté des parties, le prête-nom, personne interposée, du fiduciaire, titulaire effectif : il importerait donc d'établir la validité du legs adressé à tous les religieux par l'intermédiaire de l'un d'entre eux. Mais la démonstration est d'ores et déjà faite, si l'on a admis avec nous : la capacité d'une association, même ouverte, de recevoir à titre gratuit (cf. supra, n° 51) ; l'impossibilité de représenter la congrégation comme un non-être incapable, et la capacité des re-

La jurisprudence a pourtant persisté dans la solution de la Cour de Cassation de Rome du 23 mars 1908. Elle admet les intéressés à prouver l'interposition en faveur de l'être supprimé, et annule la disposition testamentaire adressée à un religieux dès que le légataire apparaît chargé de transmettre les biens à ses co-associés. En particulier, la distinction selon que le bénéficiaire réel serait les associés, capables, ou l'être inexistant, qu'avait tentée la Cour de Cassation de Rome le 9 mars 1909 pour valider, au premier cas du moins, la libéralité, ne semble pas avoir été reprise ; et ce peu de fortune s'explique, une telle distinction ne pouvant s'inspirer d'aucun

ligieux associés d'être institués héritiers ou légataires (cf. supra, n° 53) ; enfin, l'absence de fraude à la loi dans le legs adressé à tous les religieux d'un couvent (cf. supra, n° 54). Dans ces conditions, en effet, l'interposition de personne au profit de tous les religieux d'un couvent ou d'une congrégation ne vicie pas la disposition testamentaire, puisque l'interposition de personne n'est frauduleuse que si le bénéficiaire réel est incapable. « Si l'on admet, remarque *Gabba* (op. cit., p. 66). que les religieux ne constituent pas tous ensemble une personne incapable de recevoir par testament, il est inutile de se demander si le religieux institué légataire est ou non personne interposée pour faire parvenir les biens à ses confrères » ; et ailleurs : « Ceux qui veulent gratifier une congrégation dans leur testament n'auraient aucunement besoin de recourir à des personnes interposées ; ils peuvent viser directement tous ceux qui composent (actuellement). — cf. sur ce point ce que nous disons supra n° 51 in fine) — cette congrégation, non comme être moral, ni comme unité juridique, mais comme totalité d'associés... » (p. 78-9). — Et *Coviello N.*, (op. cit., p. 226-7) : « De même que les divers individus co-associés, qui par abréviation et synthèse sont dits : association, peuvent recevoir directement, de même aussi ils peuvent recevoir per personne interposée. » — Mais il est clair qu'en présence des dissentiments doctrinaux et des revirements jurisprudentiels, les testateurs, en pratique, dissimulent leurs libéralités, et c'est ainsi que la question de la capacité des religieux associés de recevoir à titre gratuit se pose sous cette forme détournée, soit du legs fiduciaire, soit de l'interposition de personne proprement dite ou « *frode pia* ».

critérium : si on admet le paradoxe d'un être moral de fait, on est invariablement conduit à déclarer dans tous les cas avec la Cour d'Appel de Lucques (10 septembre 1917)(590), qu' « il ne faut pas objecter que les membres sont restés capables ; car ce n'est pas à eux qu'est adressée, au fond, la libéralité, mais à la congrégation, qu'on veut doter pour qu'elle se perpétue par les moyens matériels propres à l'accomplissement de ses fins »(590).

N° 55. Quel est le sort de la libéralité adressée à l'association illicite ? Il est certain, d'abord, que la qualité de membres d'une association illicite ne diminue en rien la capacité des associés ; d'autre part, que le simple motif d'un acte juridique est sans influence sur l'efficacité de cet acte : de la conjugaison de ces deux principes résulte la validité de la libéralité pure et simple adressée à l'association illicite (591) ; sauf, toutefois, comme nous l'avons noté à propos des acquisitions à titre onéreux (supra, n° 50), si le motif est commun aux deux parties et constitue un crime (592). La libéralité est-elle subordonnée à la condition d'affectation sociale : la condition illicite sera tenue pour non avenue, et la dispocition testa-

(590(cf. Cass. Turin, 4 décembre 1908, dans *G. I.*, 1909, I, 1, 163. — Cass. Rome, 20 mai 1910, dans *G. I*., 1910, I, 1, 641 ; et d'autres décisions citées par *Giovene*, op. cit., p. 169. — Et, plus récemment : Appel Aquila, 23 juin 1914, dans *G.I.*, 1914, II, 534. — Appel Lucques, 10 septembre 1917, dans *G.I.*, 1917, I, 2, 468. — Cass. Turin, 9 février 1918, dans *G.I.*, 1918, I, 1, 549 (il s'agissait là d'un contrat à titre onéreux par personne interposée). — Appel Milan, 30 juillet 1918, dans *M.T.*, 1918, p. 20.

(591) sic *Giovene*, op. cit., p. 183 invoquant *N. Coviello*, op. cit., p. 404-5 ; — avec quelques réserves : *de Vareilles-Sommières, Contrat d'association*, p. 184-5.

(592) sic *Giovene*, op. et loc. cit., invoquant *Coviello*, op. et loc. cit.

mentaire subsistera, d'après l'article 849 du Code civil ; au contraire, la libéralité tombe tout entière, si elle est contenue dans une donation entre vifs (article 1065 du Code civil (593). La libéralité, enfin, s'analyse-t-elle en une libéralité avec charge, charge expresse ou tacite ; si l'on admet avec *N. Coviello* (594) que le *modus* trouve sa cause dans la libéralité, mais n'est pas lui-même la cause dans la libéralité, il faut conclure que la nullité du *modus* n'affecte pas la validité de la libéralité, « en vertu du principe général que la nullité d'une clause accessoire ne s'étend pas à l'acte principal ». Pourtant, si, dans l'espèce, le *modus* apparaissait dans l'intention du disposant comme le « motif unique ou principal de la libéralité » (595), la libéralité même pourrait être annulée, solution conforme d'ailleurs à la solution traditionelle de la jurisprudence française sur le motif déterminant des libéralités.

---

(593) La solution est donc différente de celle de l'article 900 du Code civil français.

(594) op. cit., p. 433-4.

(595) *N. Coviello*, op. cit., p. 435-6. — sic , *Giovene*, op. cit., p. 184.

CHAPITRE XVIII

De l'exercice par l'association de la capacité d'être partie à un rapport obligatoire ou en justice — De la représentation

---

N° 56. Les associés responsables *pro parte* des dettes sociales. — N° 57. A quelles conditions cette responsabilité des associés sera-t-elle limitée à leur quote-part sociale ? Dans l'association fermée. — Dans l'association ouverte. — Cette limitation ne vaut que pour les obligations contractuelles. — N° 58. Conciliation des règles précédentes avec le changement continuel des membres dans l'association ouverte. — N° 59. Application de ces principes aux comités promoteurs. — N° 60. Représentation des associés par le président : conditions. — N° 61. Application à la représentation en justice : évolution de la jurisprudence. — Nonobstant cette représentation, ce sont les associés qui restent parties au procès : conséquences. — N° 62. Effet des actes juridiques passés par le représentant : dans la personne des représentés — dans la personne du représentant. — N° 63. Responsabilité des associés pour les délits du représentant commis dans l'exercice de ses fonctions.

N° 56. L'association — autrement dit : les associés — est capable d'être partie à un rapport obligatoire, tant activement que passivement (cf. supra, 1re Partie, chap. VI). Les créanciers de l'association,

on le sait, n'ont pas devant eux un patrimoine spécialement affecté à leur créance, et subissent la concurrence des créanciers personnels des associés (cf. supra, chap. VII). Toutefois, ce principe est singulièrement atténué là où fonctionne la clause d'accroissement — c'est-à-dire, pour nous, dans toute association ouverte, même en l'absence de clause expresse — ; du moins, si l'on admet, comme nous le croyons exact, que la vente sur saisie des créanciers personnels est rétroactivement annulée (596) en même temps que le droit de propriété de l'associé saisi sur le fonds social, lors de la mort ou du retrait de cet associé avant la dissolution de l'association, condition résolutoire du droit de copropriété de cet associé (cf. supra, chap. XIV, n° 43).

La dette se divise, par part viriles, entre tous les associés (597); sans préjudice d'une division différente de la dette, en conformité des statuts, si cette division a été connue et acceptée du créancier ; mais, bien entendu, cette acceptation du créancier est nécessaire pour que la répartition de l'obligation aux dettes sociales se modèle sur la contribution (analogie des articles 1726 et 1727 Code civil = 1862 et 1863 Code civil français)(598). Par contre, l'obligation est solidaire si elle commerciale, conformément à l'article 40 du Code de commerce (599).

(596) sauf, bien entendu, l'application de la règle : en fait de meubles possession vaut titre, en faveur d'un sous-acquéreur de bonne foi.

(597) cf. *Tartufari*, note citée, dans *F.I.*, 1907, I, p. 239. — *N. Coviello*, op. cit., p. 225. — *Giovene*, op. cit., p. 201. — *Ferrara*, op. cit., p. 1039. — Appel Bologne, 10 décembre 1906, dans *R. d. comm.*, 1907, II, p. 249.

(598) cf. *Tartufari* et *Giovene*, op. et loc. cit.

(599) sic *Tartufari*, note citée dans *F. I.*, 1907, I, p. 234 et sq. —

N° 57. Puisque la dette de l'association est *pro parte* dette de chaque associé, puisqu'il n'y a pas de personne morale débitrice, et débitrice unique, il semble en résulter que chaque associé est tenu pour sa part *in infinitum*, et peut être poursuivi pour le payement de cette part sur ses biens personnels en cas d'insuffisance de sa part sociale. La conclusion est adoptée en principe par la doctrine et la jurisprudence italiennes (600), qui n'ont pas adopté l'opinion dominante en Allemagne que nous allons retrouver dans un instant. Toutefois, on admet aussi que la limitation de responsabilité des associés à leur quote-part dans les biens sociaux pourra être obtenue par une convention formelle conclue avec le créancier lors de la formation du rapport obligatoire ; et cette solution ne saurait faire de difficulté : car si un débiteur répond sur tous ses biens de l'exécution de ses obligations, et si sa volonté, à elle seule, est impuissan-

Giovene, op. et loc. cit. — Cass. Florence, 4 avril 1907, dans *R. d. Comm.*, 1907, II, p. 505 ; 28 novembre 1907, dans *R. d. comm.*, 1908, II, p. 114 (cités par *Giovene*, op. et loc. cit.) — L'indivisibilité de l'obligation sociale, par contre, admise par le tribunal de Monza le 4 avril 1908, dans *R.d.comm.*, 1908, II, p. 396 et sq. (cité par *Giovene*, op. et loc. cit.), est insoutenable : il s'agissait de la dette d'un comité envers un architecte pour travaux accomplis : la dette était divisible par nature ; et la volonté des parties ne l'avait pas rendue indivisible puisque le tribunal constate seulement qu'il n'y a pas eu de déclaration de volonté contraire à l'indivisibilité.

(600) cf. *Bianchi*, op. cit., IV, p. 64-5. — *Rodino*, art. cit., dans *A.G.*, 1893, I, p. 188-9. — *Ascoli et Cammeo* sur *Crome*, trad. cit., p. 187, note a (et en sens contraire à *Crome*). — *Giovene*, op. cit., p. 201. — *Ferrara*, op. cit., p. 1039-1046. — Jurisprudence conforme citée par *Ascoli et Cammeo*, op. et loc. cit., et *Ferrara*, op. cit., p. 1046 : cf., en particulier, Cass. Turin, 31 décembre 1889, dans *L.*, 1890, I, 624 ; Appel Naples, 8 février 1905, dans *G.I.*, 1905, I, 2, 322.

te à limiter le droit de gage de ses créanciers (601), il n'est pas douteux que cette limitation, acceptée par le créancier au moment du contrat, soit efficace. On va plus loin : la clause des statuts qui limite la responsabilité des associés à leur part sociale permettrait, à elle seule, aux associés d'éviter toute poursuite sur leurs biens personnels (602) : en effet, nous dit *Giovene* (602), faisant sien le raisonnement de *Crome* (603) : « Ou bien le représentant, en contractant, s'est référé expressément ou tacitement à la clause statutaire en question, et le tiers contractant a ainsi consenti à la limitation de responsabilité ; ou, au contraire, le représentant n'a fait aucune allusion à cette limitation, il a contracté purement et simplement : alors, il a dépassé ses pouvoirs, et, s'il est responsable personnellement envers les tiers, les représentés, eux, ne sauraient être obligés au delà des termes du mandat ». Et n'est-ce pas l'application pure et simple des articles 1751 et 1752 du Code civil (= 1997 et 1998 Code civil français) ?

Pourtant, cette efficacité de la clause statutaire a été vivement combattue par *Ferrara* (604) : il s'inspire de la remarque d'*Eckstein* (605), à savoir : que le titre du pouvoir de représentation qui appartient au président, ce n'est pas les statuts, mais sa nomination à la présidence ; le statut n'est que le contrat social qui règle les rapports entre associés ; la limitation de responsabilité qui y est contenue vaut entre associés et dans les rapports entre associés, elle est non

(601) Nous avons longuement développé l'application de ce principe dans notre chapitre VII (supra), quand nous avons combattu la libre formation de patrimoines autonomes.

(602) sic *N. Coviello*, op. cit., p. 225-6. — *Giovene*, op. cit., p. 203.

(603) op. cit., p. 186-7.

(604) op. cit., p. 1043-6.

(605) dans *Iherings' Jahrbücher*, 55, p. 257.

avenue pour les tiers. Si bien que la mesure du pouvoir de représentation pose une question tout-à-fait distincte de celle des clauses statutaires : les associés qui prétendront voir limiter leur responsabilité pour les contrats conclus par leur représentant ne triompheront que si la limitation a été expressément convenue avec le créancier ; ou bien si cette limitation est expressément prévue par l'acte de nomination du président, acte de nomination qui l'habilite à agir et qui constitue son titre (606). Et *Ferrara* invoque à l'appui l'arrêt de la Cour de Cassation de Turin du 31 décembre 1889 (cf. supra, note 600) : pour la Cour, « c'est une erreur d'affirmer que les associés ne sont tenus à payer que la quote-part fixée aux statuts : on confond ainsi les rapports des associés entre eux et leurs rapports avec les tiers. Les rapports des associés entre eux sont réglés par la loi du contrat; et si par le contrat est déterminée la contribution de chaque associé, on comprend aisément que vis-à-vis des autres chaque associé n'est tenu que pour la part indiquée aux statuts, non pour une part supérieure ou différente. Mais il en va différemment pour les obligations que les associés contractent avec les tiers personnellement ou par mandataire : alors vaut la loi commune, aux termes de laquelle quiconque s'est obligé est tenu d'accomplir ses engagements sur tous ses biens ; et les associés ne peuvent s'abriter derrière la loi du contrat d'association vis-à-vis de tiers, d'étrangers à ce contrat ». La clause des statuts limitant à leur quote-part dans les biens sociaux la responsabilité des associés est donc non avenue vis-à-vis des tiers : ces derniers ne se verront opposer la limitation que si cette

(606) cf. dans le même sens *Brugi*, qui n'admet la limitation vis-à-vis des tiers par clauses statutaires que si ces clauses « ont été acceptées par l'autre co-contractant, ou si du moins son attention a été attirée sur elles. » (art. cit., dans *R. d. comm.*, 1906, II, p. 243).

limitation leur a été notifiée au moment de l'acte, ou encore, croyons-nous, si elle est insérée dans l'acte de nomination du président, titre de représentation du président : dans ce dernier cas, en effet, le président n'eût-il pas averti de cette limitation le tiers contractant, et encourrait-il envers celui-ci une responsabilité personnelle (a contrario de l'article 1751 = 1997 Code civil français), il n'en resterait pas moins que le tiers serait en faute de ne s'être pas renseigné sur les pouvoirs du représentant et ne pourrait tenir les représentés pour obligés au delà des termes du titre habilitant le président à les représenter : l'application de l'article 1752, alinéa 2 (= 1998 Code civil français), ici, est légitime.

A vrai dire, nous serions enclin à n'admettre cette thèse de *Ferrara* qu'à l'égard des seules associations fermées. Et, sans doute, on se récriera immédiatement, devant notre distinction, que l'argumentation est aussi valable pour l'association ouverte, et qu'il est toujours également vrai que les statuts forment la loi des parties qui les ont établis ou y ont adhéré, mais d'elles seules. L'objection est juste, et ce n'est pas en effet sur la seule convention des associés, sur le seul contrat social que nous basons la responsabilité limitée dans l'association ouverte. La doctrine allemande, nous y avons fait allusion déjà, a tendance généralement à limiter cette responsabilité, et même en l'absence de toute clause des statuts, en se basant sur l'intention probable des parties (607). Or, il n'est pas douteux que la volonté d'un des contractants de limiter le gage de son co-contractant, à elle seule, est inopérante ; par contre, on admettra que, si les membres d'une association ouverte sont toujours animés d'une

(607) cf., vg., *Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigheit*, p. 38. — *Danz, Deutsche Juristenzeitung*, 1907. p. 377 (cités par *Ferrara*, op. cit., p. 1041).

telle volonté (608), les tiers qui, nonobstant cette intention certaine des associés, consentent à entrer avec eux en rapport contractuels, adhérent aux conditions implicites de leurs co-contractants : les contrats, en effet, doivent être exécutés de bonne foi (article 1124 du Code civil), et il y aurait mauvaise foi de la part du créancier social à méconnaître l'intention certaine de ses co-contractants, les associés, parfaitement connue de lui au moment du contrat. Si bien qu'on doit conclure avec *Danz* (609) qu'on ne peut jamais aboutir à la responsabilité des associés au -delà de leur part sociale, à moins d'une clause expresse en ce sens dans le contrat. Et rien ne sert d'objecter avec *Ferrara* (610) que l'intention des associés est sans portée parce que la conviction erronée sur les conséquences d'un acte juridique n'empêche pas ces conséquences de se produire : ce n'est pas, en effet, cette intention unilatérale, expresse ou implicite, des associés au moment de leur entrée dans l'association, qui a la vertu de limiter leur responsabilité à leur part sociale ; mais c'est le contrat même conclu avec le créancier social qui contient implicitement cette limitation ; la limitation découle de l'interprétation de bonne foi de ce dernier contrat. Peu importe encore que l'absence éventuelle d'actif social réduise à rien peut-être le gage des créanciers (611) :

(608) Sinon, comme le dit justement *Gierke*, op. et loc.cit.,(cité par *Ferrara*, op. cit., p. 1040), « entrer dans une association serait un acte de légèreté impardonnable..»

(609) op. et loc. cit., note 607.

(610) op. cit., p. 1045.

(611) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 1043. — La limitation de responsabilité peut toujours être convenue par les parties contractantes ; si le créancier éventuel juge son gage insuffisant ou trop peu sûr, qu'il s'abstienne de contracter ou réclame d'autres garanties ; s'il contracte, au contraire, dans ces conditions, son gage est limité par la convention même. On voit mal comment ce résultat serait écarté parce que les débiteurs sont multiples et liés entre eux par un rapport d'association.

le danger, aussi bien, n'existe-t-il pas aussi dans l'association *reconnue* où la limitation est pourtant incontestée ? Peu importe, enfin, que l'absence d'autonomie du patrimoine social frustre les créanciers sociaux du privilège, qui, pour les créanciers d'une personne morale, compense en quelque sorte cette limitation de responsabilité (611). De telles considérations n'entament pas l'argument simple auquel seul il s'agit de répondre : en acceptant, sans réserves, de contracter avec des individus, qui, sans aucun doute, entendent limiter leur responsabilité, les créanciers sociaux, en bonne foi, ont accepté cette limitation. Et la conclusion, d'ailleurs, est exacte , que les statuts s'expliquent ou non à ce sujet, car les statuts, nous l'admettons avec *Ferrara,* n'intéressent que les associés et sont ici indifférents.

Cette limitation de la responsabilité des associés dans le groupe ouvert, son fondement même en circonscrit nettement le domaine : puisque c'est par la convention passée entre les associés et le créancier social, interprétée selon la bonne foi, que se justifie la limitation du gage des créanciers sociaux, cette limitation ne se conçoit qu'à propos des obligations contractuelles de l'association, ou, plus exactement, à propos des dettes sociales qui supposent pour leur formation un acte de volonté du créancier. Hors de là, le droit commun reprend son empire ; en particulier pour les dettes nées de délits (612), les associés sont tenus indéfiniment sur leurs biens personnels (613). Ici, manque cette acquiescement indispensable du créancier à la limitation de son gage ; et peu importerait même que les statuts

(612) Que ces délits soient imputables à tous les membres, soit directement, soit par suite de l'activité de leurs représentants : cf. infra, n° 63

(613) responsabilité solidaire, même, si l'on adopte la jurisprudence sur la responsabilité des coauteurs du délit.

restreignent la responsabilité des associés : la restriction unilatérale par le débiteur des conséquences de son obligation reste évidemment sans effet.

N° 58. La réglementation de la responsabilité des obligations sociales rencontre, dans l'association ouverte, une difficulté particulière dans le changement continuel des membres du groupe. La doctrine italienne, qui admet le principe de la responsabilité illimitée des membres, admet aussi que la responsabilité pour une part virile subsiste à la charge de l'ex-associé (614). Toutefois, selon la remarque de *Giovene* (615), la clause des statuts limitant la responsabilité à la quote-part sociale, combinée avec la clause d'accroissement aux autres associés de la part de l'associé qui se retire, met hors de cause les ex-associés. Nous croyons, cependant, que ce résultat est invariable, parce que la responsabilité limitée (cf. supra, n° 57) et la clause d'accroissement (cf. supra, n° 44) sont la règle dans l'association ouverte ; mais qu'il se produit seulement en ce qui concerne les obligations contractuelles (ou assimilées), parce que la responsabilité limitée est admissible pour elles seules (cf. supra, n° 57). S'il s'agit d'engagements de faire ou de ne pas faire, tels que l'obligation de respecter les termes d'un contrat collectif de travail auquel l'association a été partie, on admet communément que le retrait de l'associé ne le dégage pas de l'obligation qu'il a assumée par l'intermédiaire de ses représentants (616) : nous doutons fort que cette interprétation res-

(614) sic *Bianchi*, op. cit., IV, p. 64-5 — *Rodino*, art. cit., dans *A. G.*, 1893, I, p. 188-9 — *Giovene*, op. cit. p. 201 — *Ferrara*, op. cit., p. 1047.

(615) op. cit., p. 203.

(616) sic : *Ascoli*, *Sul contratto collettivo di lavoro*, dans *R. d. comm.*, 1903, p. 99 — *Montessori*, *Sui contratti di tariffa* (compte-rendu de *Rundstein*, *die Tarifverträge im französischen Privatrecht*), dans *R. d. comm.*, 1906, I, p. 279-281. — *Giovene* op. cit., p. 201-2.

pecte l'intention des parties, qui ne nous semblent s'être obligées à respecter les clauses du contrat collectif que parce que syndiqués et en tant que syndiqués.

Par contre, les associés entrés dans le groupement postérieusement à la naissance d'une obligation sociale répondent-ils de cette obligation ? L'affirmative est adoptée par *Coviello* (617), sans qu'aucun argument, d'ailleurs, soit présenté à l'appui par cet auteur. L'opinion commune est en sens contraire : le nouvel associé n'a pas été partie au rapport juridique, il ne saurait être touché par ce rapport (618) ; toutefois, ajoute-t-on, une clause des statuts pourrait fonder cette responsabilité des nouveaux membres, dès lors assumée par ces derniers, en même temps que toute autre obligation statutaire, lors de leur entrée dans l'association (619). Selon nous, cette clause des statuts doit être sous-entendue comme implicitement voulue par les associés, qui tiennent à donner au patrimoine commun la même homogénéité qu'au patrimoine même des personnes morales : or, aucun obstacle juridique ne s'oppose ici à sanctionner l'intention, fût-elle latente, des associés ; bien entendu, cette responsabilité des nouveaux membres est, à l'égal de celle des autres membres, limitée à leur part sociale. On objectera peut-être que cette acceptation par les nouveaux membres de la responsabilité *pro parte* des dettes sociales antérieures, étant fondée sur une clause des statuts, ou, plus largement, sur l'interprétation du contrat d'association, engage bien le nouvel associé vis-à-vis de

(617) op. cit., p. 225.

(618) sic *Rodino*, art. cit., dans *A. G.*, 1893, I, p. 190. — *Giovene*, op. cit., p. 201-2 — *Ferrara*, op. cit., p. 1047 — On fait remarquer qu'il a fallu, pour obtenir le résultat contraire dans les sociétés commerciales, l'intervention formelle du législateur (article 78 du Code de commerce).

(619) cf. *Giovene*, op. cit, p. 204 — *Ferrara*, op. cit., p. 1047.

ses co-associés ; non pas envers les créanciers sociaux, avec lesquels il n'est lié par aucun rapport de droit. Mais on peut répondre que les associés dont l'accès au groupement est postérieur à la formation de la dette sociale ont été eux-mêmes représentés au contrat par les représentants de l'association ; ce n'est pas sur une autre base, en effet ,qu'on fonde l'assujettissement du membre nouveau d'une association syndicale aux conditions du contrat collectif de travail, conclu par le syndicat antérieurement à son adhésion : « Il n'est pas requis que la personne de l'obligé soit déterminée au moment de la conclusion du contrat, et rien n'empêche qu'elle soit déterminée seulement dans la suite, pourvu que ce soit sur la base d'éléments objectifs préalablement établis ; et, pour la même raison encore, rien n'empêche que le représenté soit, au moment de la conclusion de l'acte, inconnu du représentant même. Par là n'est pas violé l'article 1130 du Code civil (620) — (=1165 Code civil français), — car si l'associé nouveau ne voulait pas répondre des obligations assumées par le groupement pour tous ses membres présents et futurs, il disposait d'un moyen très simple : s'abstenir d'entrer dans le groupe ». (621) Ce raisonnement doit, croyons-nous, valoir au-delà du cercle du contrat collectif de travail signé par un syndicat, s'étendre à toute obligation assumée par toute association ; et d'autant plus aisément que la responsabilité des dettes sociales est limitée pour chaque associé à sa quote-part dans les biens sociaux.

Les conclusions auxquelles nous aboutissons sont, en somme, voisines du principe formulé par *Chironi* en

(620) « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent ni ne profitent aux tiers que dans les cas établis par la loi ».

(621) *Ascoli, Sul contratto collectivo...*, art. cit., dans *R.d.comm* , 1903, p. 99.

notre matière : « Les membres participent aux rapports juridiques du groupement, parce qu'associés et en tant qu'associés ; en sorte qu'y participent aussi ceux qui ne deviennent associés qu'après la formation du rapport juridique, et non pas ceux qui ont cessé d'être associés au moment où ce rapport juridique produit ses effets. » (622) Toutefois, pour nous, une telle réglementation de la responsabilité des associés ne s'appuie pas sur l'autonomie du patrimoine social dont nous avons rejeté le principe (cf. supra, Ie partie, chap. VII, n° 21 en particulier) ; surtout ,la limitation de responsabilité découlant d'une volonté implicite commune aux associés et aux créanciers sociaux, on ne peut l'invoquer là ou manque cette volonté commune : par exemple, à propos d'obligations délictuelles ; et nous ne ne savons trop si cette restriction s'accommoderait de la position générale de *Chironi*.

N° 59. C'est particulièrement à propos de la responsabilité des dettes sociales qu'ont été discutées en Italie la nature des *comités promoteurs de souscriptions publiques* et la situation juridique des membres de ces comités. Nous nous sommes longuement expliqué sur ces groupements dans notre Ie partie en étudiant les éléments constitutifs du contrat d'association (cf. n° 16) ; il nous suffira ici de rassembler sur un même plan celles de nos observations antérieures qui concernent proprement la responsabilité des engagements du comité. Dans la théorie d'*Ihering,* les membres du comité promoteur sont mandataires des souscripteurs, mais contractent en leur propre nom, en sorte que les créanciers du comité peuvent s'adresser directement aux promoteurs ; bien mieux, ne peuvent s'adresser qu'à

(622) *Chironi et Abello,* op. cit., I, p. 172.

ces derniers. Telle est aussi la solution de *Bolchini* dans l'hypothèse de souscription sans destinataire humain ; au cas contraire, *Bolchini* fait des promoteurs les gérants des destinataires, et leurs représentants, mais il en résulte logiquement que l'action des créanciers peut être intentée contre les destinataires et contre eux seuls. Or, cette dernière conséquence est inadmissible, l'intention des parties et le bon sens s'opposant également à ce que, par exemple, les victimes d'une catastrophe, destinataires d'une souscription, soient exposées à supporter le déficit de la souscription qui a échoué. Et de même, dans l'hypothèse inverse où manquent les destinataires humains, le mandat des souscripteurs aux promoteurs, puisque non accompagné de représentation, permet bien aux créanciers du comité de poursuivre les promoteurs, mandataires en leur propre nom, que seuls ils connaissent ; mais les promoteurs se retourneront avec succès contre les souscripteurs, en vertu des principes qui régissent les rapports entre mandants et mandataires ; et voilà, encore, un résultat paradoxal et dédaigneux des intentions des intéressés : les souscripteurs qui ont versé bénévolement une obole, sans plus, responsables en définitive, sur recours des promoteurs, des dettes contractées par le comité. Toutes ces conséquences déconcertantes semblent condamner les constructions juridiques d'où elles découlent ; on y échappe, précisément, en considérant dans tous les cas les promoteurs comme donataires fiduciaires des souscripteurs, et seuls investis du patrimoine formé par les souscriptions ; unis, enfin, entre eux par un lien d'association : le plus souvent, d'association fermée, où les membres sont définitivement responsables, *pro parte,* des dettes sociales sur tous leurs biens ; sur leur seule quote-part dans l'association,

croyons-nous, si le groupement est ouvert (623).

N° 60. Nous avons parlé des obligations de l'association, et cherché à préciser la responsabilité des associés. On imagine aisément que dans la pratique bien rares seront les hypothèses où ces obligations auront été contractées ou plus largement seront nées directement en les personnes de tous les associés ; aussi bien, avons-nous déjà supposé implicitement que les associés étaient représentés à cet effet par un ou plusieurs mandataires. Il s'agit maintenant de décrire cette représentation de l'association vis-à-vis des tiers, ses sources, ses limites et ses effets. En somme, il n'est ici que de transporter aux rapports externes les principes établis plus haut sur les rapports internes (cf. supra, chap. XII) : le mandat des associés à leur président, présumé de la seule nomination de celui-ci (cf. supra, chap. XII n° 36), n'a pas seulement valeur entre mandants et mandataires ; c'est un mandat d'agir au nom du mandant, autrement dit : avec pouvoir de représentation ;cette nomination est le titre qui fonde la représentation, et qui autorise les associés à se prévaloir contre les tiers des contrats passés avec le président, et les tiers à poursuivre contre les associés l'exécution des engagements assumés par le président au

(623) cf., sur la question, les références citées supra, Iᵉ Partie, chap. V, n° 16 — cf., en particulier, *Giovene*, op., cit., p. 205-6. — *Ferrara*, op. cit., p. 1035-7. — On a vu supra (n° 16) que la jurisprudence est encore partagée sur la nature juridique des comités promoteurs : elle se préoccupe surtout d'affirmer la responsabilité des promoteurs vis-à-vis des créanciers du comité. et cette affirmation est commune aux deux théories en présence : mandat des souscripteurs aux promoteurs, sans représentation ; donation fiduciaire des souscripteurs aux promoteurs associés (cf. tribunal Monza, 4 avril 1908, et la note dans *R. d. comm*, 1908, II, p. 396 et sq.

nom de l'association (624). Toutefois on sait que ce mandat présumé n'embrasse que les seuls actes d'administration ; sans exclure, certes, la possibilité d'un mandat plus étendu, exprès ou tacite, mais qui, lui, ne se présumera pas du seul fait de la nomination du président ; qu'il incombera, au contraire, tant aux tiers qui veulent poursuivre les associés (625) qu'aux associés mandants eux-mêmes, de prouver conformément au droit commun (cf. supra, chap. XII, n° 37). Cette étroitesse de domaine du mandat présumé, on a vu (supra, n° 37) qu'elle n'était pas toujours respectée par les auteurs et la jurisprudence, en particulier à propos de la représentation en justice (626).

(624) Et sans qu'il soit besoin de recourir à la « représentation de droit » de *Pacchioni*, qui, si elle se rapproche du mandat présumé, d'une part admet des sources de représentation hors du mandat ou de la loi ; d'autre part, laisse inexpliqués les rapports internes entre représentant et représentés (cf. supra ,chap. XII, n° 36).

(625) La doctrine et la jurisprudence ont souvent reconnu, — quoique non d'une manière unanime, — que l'individu qui a contracté avec un prétendu mandataire ne peut poursuivre le prétendu mandant que s'il prouve régulièrement l'existence du mandat. Si les règles sur la preuve des contrats, en effet, ne valent qu'inter partes on ne peut considérer comme tiers au mandat «... celui, précisément, qui veut faire dériver de ce mandat comme rapport contractuel ses droits contre le mandant : ce rapport contractuel ne s'épuise pas entre mandant et mandataire, mais nécessairement de par sa nature... » s'étend aussi à celui qui a traité avec le mandataire agissant au nom du mandant...« Les dispositions du Code civil sur l'admissibilité de la preuve par témoins doivent être tenues pour applicables, non seulement aux contractants, mais aussi aux tiers, toutes les fois que ces derniers veulent faire valoir en justice un droit dérivant immédiatement et exclusivement du contrat en litige.» (*Tartufari, Della rappresentanza...* art. cit., dans *A. G.*, tome 44, p. 88-9).

(626) La représentation telle que nous venons de la décrire, — en particulier la représentation aux actes d'administration, appartenant au président du seul fait de sa nomination —, doit être admise même dans ces groupements où les associés ne sont pas obligés entre eux, faute de lien juridique, comme par exemple

N° 61. Ces principes, en effet, sont tout à fait généraux, et régissent aussi bien que la représentation contractuelle de l'association sa représentation en justice (627). Pourtant, la jurisprudence ne l'a pas toujours admis, et elle offre sur ce terrain le tableau d'une évolution, maintenant à peu près terminée. « La capacité d'être partie au procès, nous dit *Chiovenda* (628), n'est que la capacité juridique transportée dans la procédure, c'est-à-dire la capacité d'être sujet d'un rapport juridique processuel. On peut donc poser en règle générale que qui a la capacité juridique est capable d'être partie au procès ». Il n'est donc pas contestable que les associés, personnes capables, soient aptes à figurer au procès comme demandeurs ou défendeurs. Mais peuvent-ils être représentés à ce procès par leur président ? La réponse de la jurisprudence fut d'abord

les communautés religieuses. Que ces associés obligent et soient obligés vis-à-vis des tiers, c'est incontestable, parce qu'une pluralité de personnes peuvent être créancières ou débitrices, qu'elles soient ou non liées par un contrat d'association valable. Mais *quid* de la représentation ? tant que les membres sont fidèles à leurs engagements, ils ont incontestablement la volonté de donner au groupement les moyens indispensables pour agir et vivre ; en particulier, l'associé qu'ils nomment président ou reconnaissent pour tel, est juridiquement leur mandataire avec pouvoir de représentation ; seulement, chaque associé peut, isolément, révoquer ce mandat, nonobstant son caractère de mandat collectif : il cessera, dès lors, d'être représenté par le président, pourvu, bien entendu, que les tiers soient avertis de la révocation ; cette révocation, enfin, ne préjudicie en rien aux effets, définitivement acquis, des actes de représentation antérieurs.

(627) Aussi l'exposition de *Bonelli* sur la « personnalité purement formelle » de certains groupements non dotés de personnalité (art. cit. dans *R. d. comm.*, 1903 p. 321-2 ; dans le même sens : *Chironi* et *Abello*, op. cit., I, p. 170 et sq. — *Giovene*, op. cit., p. 195-6) nous paraît ne valoir que comme image : le phénomène n'est que l'effet pur et simple de l'application à l'association des principes communs à toute représentation.

(628) op. cit., p. 484.

défavorable : elle exigeait que tous les associés agissent collectivement ; quelquefois, cependant, le représentant était accueilli, mais à condition qu'un mandat spécial — c'est-à-dire renouvelé pour chaque action en justice — fût conféré par tous les associés (629). Puis, la jurisprudence reconnut l'efficacité de la clause statutaire ou de la délibération d'assemblée générale organisant la représentation en justice des associés, mais seulement en cas de contestation entre associés (630). Enfin, cette dernière restriction tombe, et, dans les contestations mêmes entre l'association et les tiers, la représentation statutaire est très généralement accueillie : certains arrêts anciens sont déjà en ce sens (631), mais cette jurisprudence s'affirme surtout dans les vingt-cinq dernières années (632).

Et, en effet, comme le remarque, par exemple, *N. Coviello,* cette admission de la représentation en justice fondée sur une clause statutaire n'est que l'application des principes généraux : « On ne peut méconnaître l'efficacité d'un mandat, exprès ou même

(629) sic Cassation Rome : 19 février 1879 dans *G. I.*, 1879, I, 1, 679 ; et 9 novembre 1882 : dans *G. I.*, 1883, I, 1, 133 — Cf. les auteurs et arrêts anciens dans *Giovene*, op. cit., p. 191, et dans *de Valles* art cit., dans *R. d., civ.* 1918, p. 3.

(630) sic : Cassation Turin, 18 novembre 1886, 9 août 1889, 29 août 1897 : dans *G. tor.*, 1887, p. 97 ; 1889, p. 671 ; 1897, p. 1224 (cités par *Giovene*, op. cit., p. 191).

(631) Cassation Rome, 17 novembre 1882 dans, *G. I.*, 1882, I, 1, 702. — Cass. Florence, 7 juillet 1887, dans *G.I.*, 1887, I, 1, 673 — Cass. Naples 14 juillet 1908, dans *F. I.*, 1908, I, 1309. — Cass. Pa- d'autres arrêts dans *Giovene*, op. cit., p. 192.

(632) Cass. Turin, 31 octobre 1902, dans *F.I.*, 1903, I, 550. — Cass. Naples, 14 juillet, 1908, dans *F.I.*, 1908, I, 1309. — Cass. Palerme, 16 décembre, 1911, dans *Trib. giud.*, 1912, p. 86. — Voir d'autres arrêts dans *Giovene*, op. et loc. cit. — Adde : Cass. Florence, 9 mars 1914, dans *R. d. comm.*, 1914, II, p. 845 et sq. — Appel Milan, 22 novembre 1918, dans *M.T.*, 1919, p. 281.

tacite, pour cette raison seulement qu'il s'agit d'association ; ou bien encore que le mandat a été donné d'une manière préventive »(633). Cette dernière particularité peut bien influer sur l'étendue du mandat, elle n'autorise pas à nier ce mandat (634) ; et la question ne se présente pas différemment pour les nouveaux associés, qui n'ont pas collaboré aux statuts, mais y adhèrent par leur entrée même dans le groupe (635). La doctrine italienne, surtout la doctrine récente, est, on le sait, plus audacieuse même : non seulement est efficace le mandat conféré expressément par les statuts, ou qui s'en déduit tacitement par interprétation ; la nomination d'un président fait, à elle seule et de plein droit, présumer l'existence d'un mandat, et en particulier du mandat de représenter en justice les associés (cf. supra, chap. XII, n° 36)(636). Et la jurisprudence semble disposée à accomplir ce dernier pas : déjà un arrêt de la Cour d'Appel de Florence du 13 janvier 1906 (cf. supra, note 636) constate que le mandat présumé «... s'étend par logique et nécessaire conséquence à la représentation en justice, précisément parce qu'une personne qui contracte au nom d'autrui est nécessairement chargée, par le fait même, de la représenter pour toutes les conséquences inhérentes à l'exécution de l'obligation contrac-

(633) *N. Coviello*, op. cit., p. 230-1. — cf., dans le même sens : *Giorgi*, op. cit., I, p. 164-5. — *Mortara*, op. cit., II, p. 717-8.

(634) comme le fait *Laurent*, op. cit., XXVI, n° 188 bis.

(635) cf. *Rodino*, art. cit., dans *A.G.*, 1893, I, p. 189-191. — *N. Coviello*, op. et loc. cit.

(636) sic *Tartufari*, note citée sous Appel Florence, 13 janvier 1906, *F. I.*, 1907, I, p. 238. — *Giovene*, op. cit., p. 193-4, (mais il a recours en même temps à l'explication de *Pacchioni* : cf. supra, chap. XII, n° 36). — dans un sens très voisin : *N. Coviello*, op. cit., p. 231. — Contra : *Mortara*, op. cit., II, p. 718 (cf. supra, n° 36, note 430).

tée ». Et le tribunal de Trani, le 27 février 114, la Cour d'Appel de Milan le 26 août 1919 (637) déclarent que, dès qu'un associé exerce les fonctions de président de l'association, il a le pouvoir de représenter cette dernière en justice. Cette conclusion nous paraît légitime à condition de respecter, pour la représentation en justice comme partout ailleurs, le domaine étroit du mandat présumé, qui n'englobe que les actes d'administration ; restriction méconnue, au moins implicitement, par nombre d'arrêts et la majorité de la doctrine (638).

Jusqu'ici, nos déductions sont admissibles, croyons-nous, en droit français aussi bien qu'en droit italien. La règle « nul ne plaide par procureur », qui a survécu en droit français moderne n'empêche, en effet, aucunement, en principe, la représentation en justice (639) ; elle exige seulement que le mandataire déclare au nom de qui il agit, et indique les noms de ses mandants dans les actes de la procédure ; il est vrai que cette exigence étonnante, qui ne s'expliquait que dans un état social aujourd'hui disparu, interdit en fait aux associations à personnel nombreux l'usage de cette représentation en justice en elle-même indiscutable. Aucune difficulté semblable en droit italien, où une telle règle est inconnue. Pourtant, des arrêts anciens exigent cette énumération des associés ; mais

(637) La première décision : dans *R. d. comm.*, 1914, II, p. 909 et sq., avec note de *Sraffa*. — la deuxième, dans M.T., 1919, p. 691-2.

(638) Le mandat présumé de la seule nomination du président ayant les mêmes limites que le mandat exprès conçu en termes généraux : cf. supra, chap. XII, n° 37, les explications données ; et les auteurs et arrêts cités qui se réfèrent, précisément, à la représentation en justice, supra, n° 37, note 443).

(639) cf. *Capitant*, op. cit., p. 212. — *Baudry-Lacantinerie et Wahl*, *Du mandat*, n° 441.

la doctrine est unanime à approuver la jurisprudence plus récente, qui reconnaît avec la Cour d'Appel de Florence que « ce serait un exorbitant formalisme d'obliger le mandataire à décliner les noms de tous les membres du groupe au nom desquels il agit » (640). « Le président, nous dit *Ferrara,* peut figurer au procès sous le vêtement de représentant de l'association, dénomination collective abrégée qui désigne l'ensemble des associés avec cette *certitude suffisante* requise par l'article 145 du Code de procédure » (641).

Ainsi, possibilité pour l'association d'être partie au procès activement ou passivement, sans que les associés aient à invoquer contre les tiers, ou les tiers contre les associés, un autre titre de représentation que la nomination du président (642). Est-ce à dire que l'association non reconnue est, par cela même, assimilée à une personne moracle ? En aucune façon, et la doctrine est unanime à insister sur la différence à cet égard entre les droits italien et allemand (643). En effet, l'article 50 de la *Prozessordnung* dispose : « Une association qui n'a pas la capacité juridique — (= la personnalité morale) — peut être citée en justice en assumant dans le procès la position même d'une association juridiquement capable (= dotée de personnalité) »; cette assimilation complète, à l'avantage des tiers, de l'association défenderesse non reconnue à l'association personne morale est au contraire inadmissi-

(640) arrêt du 13 janvier 1906, cité, dans *F.I.*, 1907, I, p. 242.

(641) *Ferrara*, op. cit., p. 1050. — Dans le même sens s'étaient prononcés : *Rodino*, art. cit., dans *A.G.*, 1893, I, p. 186. — *Giorgi*, op. cit., I, p. 166 et sq. (références sur la jurisprudence ancienne : p. 169). — *Chiovenda*, op. cit., p. 486.

(642) et sauf la réserve, si l'association est demanderesse, que l'objet de l'action n'excède pas les pouvoirs d'un administrateur.

(643) cf. *Chiovenda*, op. cit., p. 486. — *Giovene*, op. cit., p. 186-190. — *Ferrara*, op. cit., p. 1048-1051.

ble en Italie, faute de texte. L'association peut ester en justice par l'intermédiaire de son représentant, mais « par là s'entend, non pas que l'association est partie au procès en tant qu'unité, mais que sont parties l'ensemble des associés sous la représentation du président » (644). En conséquence, les associés ne peuvent témoigner dans les procès où l'association est en cause, l'association n'étant autre chose que les associés ; ils ne sauraient, pour la même raison, intervenir au procès en qualité de tiers ou faire tierce opposition à la sentence ; par contre, ils peuvent subir un interrogatoire et se voir déférer le serment (645). L'association sera citée en la personne de son représentant, mais la citation doit certainement indiquer le nom du représentant, et non pas seulement le nom de l'association, laquelle n'est pas un sujet de droits (646) ; il n'y a pas lieu, à son égard, à la controverse qui se poursuit en doctrine et en jurisprudence à propos des personnes morales (647). Le tribunal compétent pour connaître des actions contre l'association est fixé par analogie des dispositions des articles 90 et 96 du Code de procédure civile, qui visent toutes les sociétés, civiles ou commerciales ; c'est le tribunal où se trouve le siège de l'administration, ou bien un quelconque des établissements sociaux avec un des représentants du groupe ; dans les contestations entre associés, sera compétent le tri-

(644) *Ferrara*, op. cit., p. 1049. — cf. aussi : *Rodino*, art. cit., dans *A.G.*, 1893, I, p. 186. — *Chiovenda*, op. cit., p. 486. — *Giovene*, op. cit., p. 189-190.

(645) cf. *Chiovenda*, op. et loc. cit. — *Giovene*, op. cit., p. 186.

(646) cf. *Giovene*, op. cit., p. 197.

(647) cf. *Chiovenda*, op. cit., p. 450-1 (cité par *Giovene*, op. cit., p. 197) ; cf. Cass. Turin, 15 juillet 1914, dans *R. d. comm.*, 1915, II, p. 367, et la note. — D'autre part, quand la citation ne peut se notifier à la personne du représentant, c'est à son domicile privé qu'il la faut adresser ; et non pas au siège de l'administration, la

bunal du lieu du principal établissement (648). Enfin, si «... le jugement est rendu pour ou contre la personne du représentant de l'association, c'est en sa qualité de mandataire de tous les associés » (649) : aussi la sentence a-t-elle autorité de chose jugée pour ou contre les associés, et c'est contre eux qu'est dirigée l'exécution forcée (650), que le procès ait été engagé par l'initiative du représentant dans les limites de ses pouvoirs, ou sur décision de majorité, obligatoire pour tous les membres de l'association ouverte (651). La sentence est-elle rendue en faveur de l'association demanderesse, la créance sociale reconnue par le jugement se divise entre associés *pro parte* ; si l'un d'eux refuse de recevoir sa quote-part du débiteur condamné, il ne sera pas possible, selon *Crome* (652) et *Giovene* (653), aux autres membres d'exiger plus que leur quote-part, et ils ne peuvent contraindre l'associé opposant à exiger la sienne ; toutefois, cette affirmation demande, selon nous, explication : d'abord, si le débiteur condamné n'a pas été averti de cette volonté de l'associé opposant, le payement entre les mains du représentant de l'association sera irréprochable ; est-il averti de cette volonté ? l'associé opposant se trouve manquer à son obligation en atténuant isolément les pouvoirs donnés au représentant par un mandat collectif, lequel n'est pas susceptible de révocation individuelle

disposition de l'article 139, alinéa 2, du Code de procédure civile étant strictement limitée aux sociétés de commerce ; cf., avec des distinctions, *Giovene*, op. cit., p. 197-8).

(648) cf. op. cit., p. 197.

(649) *Ferrara*, op. cit., p. 1050.

(650) mais, selon nous, limitée à leur quote-part, s'il s'agit d'association ouverte.

(651) cf. *Giovene*, op. cit., p. 198.

(652) op. cit., traduct. *Ascoli et Cammeo*, p. 188.

(653) op. cit., p. 204.

(cf. supra, chap. XII, n° 34); ou si l'action, qui dépassait les pouvoirs d'administration du représentant, a été engagée sur décision d'assemblée générale d'une association ouverte, l'opposition de l'associé à la décision d'assemblée générale constitue également une violation du contrat social (cf. supra, chap. XI, n°s 31 et 32). Dans l'un et l'autre cas, il appartient aux co-associés de faire respecter par l'associé opposant ses engagements : les dommages-intérêts qu'ils pourront obtenir contre lui équivaudront au moins, par hypothèse, à la part de l'opposant dans la créance sociale, part que le représentant du groupe exigera du débiteur social en exerçant l'action oblique ; bien mieux, et plus simplement : l'exécution forcée et directe de l'obligation de l'associé est, ici, possible, et elle consistera à contraindre l'opposant à laisser le représentant exiger du débiteur social sa quote-part en même temps que les quotes-parts des autres membres. Sans préjudice, d'ailleurs, du droit pour les membres d'un groupement ouvert de prononcer en assemblée générale l'exclusion du co-associé opposant ou de faire prononcer cette exclusion en justice (cf. les distinctions faites supra n°s 41 et 45) : en vertu de la clause d'accroissement, l'associé exclu est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur les biens sociaux, et en particulier sur la créance sociale en question ; sa quote-part accroît aux autres membres, qui deviennent donc seuls créanciers (654).

(654) La solution n'est pas, bien entendu, spéciale au recouvrement des créances sociales. Aussi, chaque fois qu'un associé avertit en temps voulu un co-contractant éventuel qu'il révoque le mandat donné au représentant, sa déclaration est, croyons-nous, efficace. Seulement, vis-à- vis de ses co-associés, l'associé opposant a commis une violation de ses engagements, qui entraînera exécution directe ou condamnation à dommages-intérêts selon les espèces ; ou encore exclusion, — avec jeu de la clause

N° 62. Conformément aux règles élémentaires de la représentation, les contrats conclus par le représentant et les actions en justice engagées par lui ou contre lui ne produisent effet qu'en la personne des représentés : le président de l'association agissant au nom de tous les associés, les actes juridiques où il intervient sont actes de tous les associés et de lui-même président pour sa quote-part. Ici encore la doctrine insiste sur l'absence en droit italien de toute disposition comparable à l'article 54, paragraphe 2, du Code civil allemand, aux termes duquel ceux qui ont contracté au nom de l'association non reconnue sont obligés personnellement et solidairement (655). La responsabilité personnelle du représentant ne serait engagée que s'il s'était explicitement obligé en qualité de garant (656), ou bien encore s'il avait dépassé ses pouvoirs. Au premier cas, la responsabilité *pro parte* de chaque associé se double de la responsabilité personnelle et pour le tout du représentant. Au second cas, les associés mandants ne sont pas obligés, aux termes de l'article 1752 du Code civil (= 1998 Code civil français) (657) ; le représentant, lui, sera tenu personnellement, à moins qu'il n'ait donné à son co- contractant

d'accroissement dans l'association ouverte, — accompagnée peut-être de dommages-intérêts. — cf. sur la question, en sens divers: *Ascoli*, *Sul contratto collettivo...*, art. cit., dans *R. d. comm.*, 1903, I, p. 99 et sq. — *Giovene*, op. cit., p. 141.

(655) cf. *Giovene*, op. cit., p. 199-201. — *Ferrara*, op. cit., p. 1038-9. — Cass. Turin, 31 décembre 1889, cité, dans *L.*, 1890, I, 624 (cité par *Ferrara*, op. et loc. cit.) — Appel Florence, 13 janvier 1906, dans *F.I.*, 1907, II, p. 233 et sq (approuvé en note par *Tartufari* ; par *Bolchini*, dans *R. d. comm.*, 1906, I, p. 451 ; par *Brugi*, dans *R. d. comm.*, 1906, II, p. 235). — Appel Bologne, 10 décembre 1906, dans *R. d. comm.* 1907, II, p. 249.

(656) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 1039.

(657) sic Appel Florence, 13 janvier 1906, cité note 655.

connaissance suffisante de ses pouvoirs (article 1751 Code civil = 1997 Code civil français). D'ailleurs, le représentant qui a dépassé ses pouvoirs n'est pas tenu en qualité de partie au contrat, car la volonté de s'obliger personnellement n'existait pas chez lui, pas plus que chez l'autre partie la volonté de l'avoir pour débiteur ; la source de son obligation, c'est le délit civil qu'il a commis et le préjudice qu'il a injustement causé à l'autre partie ; et la remarque n'intéresse pas seulement l'exactitude de l'analyse juridique, elle entraîne aussi la responsabilité solidaire dans l'hypothèse de représentants multiples (658) en vertu de la jurisprudence tant italienne que française sur la solidarité des co-auteurs du délit.

Les principes ci-dessus rappelés ne font guère difficulté. Mais, en pratique, il arrive que le mandataire agisse en son nom propre, sans représentation des mandants : aux termes de l'article 1744 du Code civil (659), « quand le mandataire agit en son nom, le mandant n'a pas d'action contre ceux avec lesquels le mandataire a contracté, ni ceux-ci contre le mandant ; quant au mandataire, il est personnellement obligé envers la personne avec laquelle il a contracté, comme si l'affaire lui était propre ». Alors, comme dit *Ferrara* (660), « sont scindés les rapports internes : du mandataire avec ses mandants, d'avec les rapports externes qui lient le mandataire aux tiers ». Or, il est des hypothèses où l'on peut douter de l'intention des parties intéressées : en particulier dans les comités exécutifs élus

(658) cf. (à propos d'une association reconnue) l'arrêt de la Cour de Cassation de Florence du 23 juin 1919 (*M.T.*, 1919, p. 590).

(659) Aucun article correspondant dans le Code civil français, qui semble ignorer le mandat sans représentation, exclu par son étrange définition du mandat à l'article 1984.

(660) op. cit., p. 1035.

par une grande association (cf. supra, chap. V, n° 13 in fine), les membres du comité élu, mandataires de tous les associés, représentent-ils ces derniers vis-à-vis des tiers ? Certains auteurs l'admettent en principe (661). La jurisprudence se dessine nettement, au contraire, dans le sens d'un mandat sans représentation, où le comité exécutif oblige seul les tiers et seul est obligé vis-à-vis d'eux ; ainsi, le comité exécutif de la fédération des gymnastes italiens avait organisé un concours sportif, à propos duquel on l'actionnait en justice ; le comité invoquait sa qualité de mandataire et prétendait que ses adversaires devaient mettre en cause la Fédération elle-même : « Peu importe, répond la Cour d'Appel de Florence, le 13 janvier 1906, peu importe juridiquement que le comité soit une émanation, une longue-main de la Fédération des gymnastes italiens; il n'en résulte pas que c'est contre la Fédération et non contre le comité exécutif mandataire, que doivent se retourner les tiers...Dans les rapports avec les tiers, il est indifférent que des citoyens se soient groupés de leur propre mouvement ou sous une impulsion extérieure ; il suffit qu'en entrant en contact avec les tiers ils développent leur action sous leur dénomination de comité, et non pas au nom d'une autre association » (662). On sera tenté dès lors de se demander avec *Bolchini* s'il ne faut pas aller plus loin, et si dans certains cas le président d'une association ne doit pas lui-même être considéré comme ayant agi sans représentation, en son nom propre : seulement, « si cela peut

(661) sic *Giovene*, op. cit., p. 57.

(662) dans *F.I.*, 1907, I, p. 241-2 — dans le même sens : Appel Bologne, 10 décembre 1906, dans *R. d. comm.*, 1907, II, p. 249 et sq. — Préture de Gavirate, 13 avril 1906, dans *R. d. comm.*, 1906, II, p. 460. (Voir, à propos de ce dernier arrêt : *Bolchini*, *Ancora sulle pubbliche sottoscrizioni*, dans *R. d. comm.*, 1906, I, p. 445 et sq., qui rapproche à cet égard la situation du comité exécutif de

être exact dans une espèce donnée, les faits de la vie pratique permettent, au contraire, de poser cette présomption générale que dans l'intention commune à toutes les parties intéressées l'activité du président stipulant en cette qualité est celle d'un mandataire représentant l'association » (663).

N° 63. Enfin, les obligations délictuelles de l'association non reconnue (cf. supra n° 57 in fine) naîtront presque toujours du délit commis par son représentant dans l'exercice de ses fonctions : l'article 1153 du Code civil (= 1384 Code civil français) fonde la responsabilité des commettants, — responsabilité purement civile, — en des termes assez larges pour s'appliquer aussi bien aux mandants qu'aux patrons (664). Il faut seulement insister sur ceci : pour que les associés soient responsables des délits commis par leur président, encore faut-il que l'acte illicite de ce dernier soit en relation avec ses attributions, se rapporte à l'office, apparaisse par son caractère, son but et ses effets, comme un acte intéressant les commettants » (665). Il est su-

celle du comité promoteur en cas de souscription *ob rem*, sans destinataire humain : on sait que, pour cet auteur, les souscripteurs restent alors titulaires du patrimoine recueilli et sont liés par un contrat d'association, tandis que les promoteurs ne sont que leurs mandataires ; mandataires, il est vrai, sans représentation, et responsables, donc, vis-à-vis des tiers : cf. supra, chap. V n° 16 et chap. XVIII n° 59).

(663) art. cit., dans *R. d. comm.*, 1906, I, p. 454.

(664) cf. les remarques de *Ferrara*, op.cit., p. 870 et sq.

(665) *Ferrara*, op. et loc. cit. — L'auteur étudie la responsabilité délictuelle des personnes morales, mais son raisonnement doit s'étendre à l'association non reconnue, car il répudie justement la théorie de l'organe et assimile la représentation de la personne morale à toute autre représentaton (cf. op. cit., p. 847 ; et notre note 425, supra, chap. XII, n° 34). — En sens contraire, *Michoud* (op. cit., II, p. 233-240), soutient qu'il y a une différence

perflu de rappeler que le fondement assigné à la limitation de la responsabilité des associés dans le groupe ouvert ; à savoir : l'adhésion de leurs créanciers à leur intention évidente, ne se retrouve pas ici ; pas plus que leur responsabilité délictuelle directe, les associés ne peuvent limiter à l'avance leur responsabilité pour délits commis par leurs représentants; et une clause expresse des statuts serait elle-même inopérante (666).

---

importante entre la responsabilité de la personne morale, pour les délits commis par l'organe, et celle des commettants pour les délits commis par leurs préposés : la personne morale ne serait tenue que des conséquences des délits commis par les organes « dans un acte de leur fonction », tandis qu'il suffirait qu'un délit fût commis par le préposé « dans l'exercice de sa fonction » pour engager la responsabilité du commettant, « alors même qu'il ne s'agit pas d'un acte de la fonction ». Mais cette extension de la portée de l'article 1384 et de la responsabilité civile des commettants, qui a parfois tenté les tribunaux, est arbitraire et dangereuse (cf. *Planiol*, op. cit., II, n° 911).

(666) cf. *Ferrara*, op. cit., p. 1047-8. — Inutile, aussi, d'insister sur la subsistance, à côté de la responsabilité des associés, de la responsabilité personnelle du représentant, auteur du délit.

APPENDICE A LA IIme PARTIE

De la dévolution du patrimoine de l'association dissoute

N° 64. Le partage des biens sociaux entre les associés. — Comment ce régime s'impose dans l'association ouverte elle-même, où il se montre peu équitable. — Liquidation et droits des créanciers sociaux. — Sort des libéralités.

N° 64. Quand l'association est dissoute pour une des raisons quelconques étudiées ci-dessus (chap. XIII), se pose la question de la dévolution de son patrimoine. Les ex-associés, co-propriétaires du patrimoine social, logiquement, se le partagent entre eux, à moins qu'ils n'aient convenu, dans les statuts, d'une destination différente des biens (667). Ce principe ne souffre guère de difficulté d'application en ce qui concerne le groupement fermé : abstraction faite des libéralités dont ce groupement aurait été doté, — et que nous retrouverons

(667) Dans les associations illicites ou dans les groupements appuyés sur une convention juridiquement non obligatoire, les apports effectués en vertu d'un contrat nul peuvent être prélevés par leur propriétaire avant partage. Hors les apports, les biens se partagent proportionnellement aux apports, conformément à l'article 1717 du Code civil (= 1853 Code civil français), sans tenir compte des dispositions statutaires, puisque le contrat est nul : si la solution contraire est soutenable dans les sociétés de commerce irrégulières (cf. *Hémard*, op. cit., p. 570 et sq.), c'est que la nullité y tient au défaut de formalités ou de publicité, non pas à la nullité du contrat.

plus loin, — l'actif du patrimoine est constitué par les apports des associés et leur activité : l'affectation sociale à laquelle ils se sont obligés cesse, par hypothèse même, en même temps que l'association : reste une masse de biens indivis à répartir au prorata (668) entre les associés, (ou leurs représentants, si l'association s'est dissoute par suite du décès de l'un d'entre eux). Et qu'on le remarque : peu importe l'objet de l'association dissoute ; celui-ci fût-il purement désintéressé, les associés n'en sont pas moins les titulaires du patrimoine, affecté par le contrat d'association à un but déterminé, libre entre leurs mains dès que disparaît cette affectation obligatoire.

Si l'association est ouverte, la situation juridique des associés n'apparaît pas sous un autre aspect : puisque le droit moderne a dissocié, plus ou moins heureusement, les deux concepts de groupement ouvert et de personne morale, les associés actuels se trouvent investis *pro parte* du patrimoine social ; la répartition des biens sociaux entre associés, sauf disposition statutaire différente, s'impose donc avec la même rigueur. Seulement, la conséquence est choquante, parce que, dans le groupement ouvert, les associés actuels ne sont pas les seuls artisans de la formation du patrimoine social : plusieurs générations d'associés, peut-être, y ont contribué, et le patrimoine social s'est enrichi successivement de leurs contributions, qui, après leur mort ou leur retrait, sont restées soumises à l'affectation sociale par le jeu de la clause d'accroissement. Selon la remarque de *de Vareilles,* les asso-

(668) Au prorata des apports, devrait-on dire par analogie de l'article 1717 Code civil ; mais tout le monde parle de parts viriles —La division par parts viriles est inévitable, par contre, dans le groupe ouvert, où les apports et l'activité des associés actuels ne sont pas l'unique source du patrimoine social (cf. le texte, infra).

ciés actuels, en équité, « ne peuvent pas tout à la fois ne pas remplir la charge et garder les biens ; les anciens associés... n'ont certainement pas voulu se dépouiller pour procurer à un groupe d'associés futurs, au moment où ces derniers cesseront d'être associés, un enrichissement pur, parfois énorme et choquant. » (669). Cette considération est si impérieuse qu'il s'est formé en droit public italien une sorte de dévolution coutumière du patrimoine des personnes morales ; nous voulons parler du principe de l' « *affinita del scopo* », de l'affectation à un but voisin des biens de la personne morale dissoute; théorie qui s'est formée progressivement, sous l'influence des solutions d'espèce apportées par la loi positive à la dévolution des biens de certaines personnes morales. On se rappelle, en effet, que les lois de suppression des congrégations religieuses, en particulier les lois des 7 juillet 1866 et 15 août 1867, ont créé une personne morale, le *Fonds pour le Culte,* pour recueillir les biens des congrégations religieuses et établissements ecclésiastiques supprimés, et maintenir ces biens, distincts de ceux de l'Etat, à leur destination primitive (cf. supra, chap. II, n° 5). De même la loi du 17 juillet 1890 sur les *opere pie,* en son article 70, prescrit que, si la transformation du but originel de la fondation apparaît indispensable, on s'éloigne le moins qu'il sera possible de l'intention du fondateur (cf. supra, n° 5) : ainsi advint-il des fondations pour lépreux ; des fondations multiples pour l'adoucissement du sort des prisonniers, vestige des temps de la domination autrichienne où le régime des prisons était particulièrement atroce : ces dernières fondations, en particulier, dont l'importance et le nombre correspondaient, à l'époque, à la gravité du mal, furent affectées au reclassement des prisonniers

(669) *de Vareilles-Sommières,* op. cit., n° 942.

libérés (670). Les solutions données par ces lois et d'autres du même genre permettent de poser ce principe, que, dans le silence de la loi positive et des statuts, l'esprit du droit italien commande le maintien de la destination du patrimoine social quand disparaît une *corporation* d'utilité publique ; les biens, selon le cercle des destinataires, seront attribués à un être communal, provincial, ou national, représentant ces destinataires, à moins que ne soit créé à cet effet un être spécial dans l'Etat ou la commune, tel que le *Fonds pour le Culte* en 1866, tel que les *Congrégations de Charité,* instituées par la loi de 1890 dans toutes les communes pour représenter les pauvres et administrer les biens des fondations supprimées ou transformées (cf. supra, n° 5). L'Etat, la commune, ou l'être juridique spécial, qui succède ainsi à la corporation dissoute, est grevé de l'obligation d'affectation au but, ou, si ce but est devenu impossible, à un but voisin : succession téléologique, comme dit *Ferrara,* le titre de vocation héréditaire résidant dans le but de l'être qui va recueillir les biens (671). Si la corporation dissoute, par contre, fonctionnait dans l'intérêt exclusif de ses membres, s'imposerait la dévolution des biens aux ex-associés (671) : cette solution même nous paraît trop absolue là où fonctionne la clause d'accroissement : admettrait-on, par exemple, facilement, que le patrimoine d'un syndicat puissant et riche, d'une ancienne société de secours mutuels, revêtus de la personnalité morale, soit purement et simplement partagé entre les membres actuels ?

Telles sont les règles qui dominent la dévolution du patrimoine de la *corporation*. Et puisque, du point de vue économique et social, il n'y a aucune différence

(670) cf. Monsieur *Lévy-Ullmann*, à son cours cité (1917-1918).
(671) cf. sur toute cette question : *Ferrara*, op. cit., p. 977-981.

de constitution, de fonctionnement, de but, entre la *corporation* (personne morale) et l'association non reconnue, il n'est pas contestable que ces mêmes règles sont désirables pour l'une aussi bien que l'autre (672). Et, cependant, puisque le droit moderne refuse de traiter tout groupement ouvert licite comme un sujet de droits unique, distinct de ses membres ; puisqu'il ferme les yeux sur cette réalité si claire que le changement continuel des membres les réduit au rôle de serviteurs interchangeables, — plus ou moins intéressés selon les groupements, — d'une idée, d'un but, d'un besoin permanent, moral ou matériel ; il faut bien, sur ce point de départ artificiel, se représenter les associés actuels comme seuls sujets de droits, titulaires *pro parte* du patrimoine social, et donc aussi seuls appelés à se partager les biens de l'association dissoute (673). L'accord sans aucune discussion des auteurs italiens sur ce point semble attester le caractère inéluctable de la conclusion : pour eux, sans distinction entre groupements ouverts ou fermés, le patrimoine est réparti entre les membres par parts viriles (674).

« Le dévolution du fonds social a un caractère déclaratif, et non pas translatif comme celle du patrimoine de la corporation ; dans l'association non reconnue, il n'y a pas de succession faute de personne à qui succéder » (675) ; seulement, selon la juste remarque de

(672) cf. les intéressants développements de *de Vareilles-Sommières*, du point de vue législatif : op. cit., n°s 932-955. — Sur une application particulière, cf. *Grunebaum-Ballin*, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, 1905, p. 119 et sq.

(673) *Michoud*, lui aussi, remarquait (op. cit., II, p. 417) qu'à défaut de personnalité, et une fois admis que les associés sont copropriétaires, le partage entre eux s'impose.

(674) cf. *N. Coviello*, op. cit., p. 231. — *Giovene*, op. cit., p. 207. —*Ferrara*, op. cit., p. 1051.

(675) *N. Coviello*, op. cit., p. 231-2. — sic *Giovene*, op. cit., p. 207-8. — *Ferrara*, op. et loc. cit.

N. Coviello, « cette différence manque d'importance pratique, du fait que dans les deux hypothèses l'associé est également tenu de respecter les droits réels créés par l'administrateur sur la portion de l'actif à lui échue ». La liquidation avant partage, quoique très opportune, ne s'impose pas ; alors, « naturellement, les créanciers auront action individuelle contre chaque associé », mais, selon nous, limitée à ce qu'il recueille dans l'actif social si le groupement est ouvert ; sans préjudice de leur droit de saisir tout bien indivis avant partage, puisqu'on ne peut invoquer contre eux le caractère indivis de la propriété des immeubles, l'article 2077 du Code civil (676) précisant que la saisie d'un immeuble indivis n'est interdite que si le créancier saisissant n'est pas créancier commun de tous les co-propriétaires ; sans préjudice, aussi, de leur droit de s'opposer au partage auquel on procèderait sans leur intervention, et d'y intervenir à leurs frais, conformément à la disposition de l'article 680 du Code civil, commune aux créanciers de tous copropriétaires (677).

Nous avons réservé la question du sort des libéralités reçues par l'association. La libéralité était pure et simple, si son auteur a voulu gratifier les associés sans les astreindre à l'affectation sociale de la chose donnée ou léguée. Le plus souvent, l'affectation sociale a constitué le *modus,* la charge, expresse ou tacite, de la libéralité; dans ce cas même, l'affectation sociale devait, dans l'intention du disposant, durer aussi longtemps que l'association même, ou jusqu'à l'expiration du délai fixé à l'association par les statuts, ou, au contraire,

(676) Quoique moins explicitement, l'article 2205 du Code civil français contient lui aussi cette restriction, qui s'impose, au surplus.

(677) sic *Ferrara,* op. et loc. cit.

indéfiniment : la solution, selon chaque espèce, est affaire d'interprétation de la volonté du disposant. On peut seulement, croyons-nous, présumer l'affectation illimitée pour la libéralité adressée à l'association à durée indéfinie (généralement association ouverte), l'affectation pour la durée statutaire au cas contraire. D'où la conséquence que les libéralités suivent le sort des autres biens sociaux, et se partagent entre les associés pour qu'ils les possèdent librement, dans l'association à durée déterminée qui s'est dissoute à l'époque fixée aux statuts ; au contraire, l'affectation au but social continue jusqu'au terme statutaire à grever la part de la libéralité recueillie par chaque associé, si le groupement à durée déterminée s'est dissous prématurément ; à perpétuité, dans le groupement à durée illimitée (678) ; dans cette dernière hypothèse, l'exécution du *modus* par l'associé se réalisera excellemment par l'abandon de la valeur à lui attribuée à une association ou œuvre du même genre. Faute de respecter cette affectation, chaque associé s'exposerait, conformément aux règles sur les libéralités avec charges, à une action en révocation du donateur ou de ses héritiers (679) ; révocation judiciaire, et ne préjudiciant pas aux droits des tiers acquis avant la transcription de la demande en révocation (article 1080 Code civil). La sanction, d'ailleurs, risque fort d'être platonique, étant donnés l'éparpillement de la libéralité partagée et l'ignorance des héritiers d'un donateur peut-être lointain ; et cette conséquence choquante de l'absence d'une organisation légale de la dévolution des biens sociaux, si

(678) cf. sur la question, des distinctions voisines dans *de Vareilles-Sommières*, op. cit., n°s 932 et sq. (se plaçant au point de vue législatif) ; et *Giovene*, op. cit., p. 208.

(679) Mais seulement en cas de donation entre vifs, d'après *N. Coviello*, op. cit., p. 432.

heureusement mise en lumière par *de Vareilles* (680), serait, elle aussi, évitée dans un système législatif qui accueillerait le concept de l'association personne morale. Cette menace de révocation cessera, même en droit, de peser sur l'associé, si l'exécution du *modus* est devenue impossible : il faudra alors, avec *Giovene* (681), affirmer le droit de l'associé à conserver la libéralité comme pure et simple ; tout de même que le *modus* originairement impossible, acte juridique accessoire, est tenu pour inexistant sans qu'en soit affectée la validité de l'acte principal, de la libéralité (cf. supra, n° 55). Sauf, toutefois, l'exception déjà signalée (supra, n° 55), au cas où le *modus* aurait été le motif principal et déterminant de la libéralité.

---

(680) *de Vareilles-Sommières : Contrat d'association*, p. 191. — *Personnes morales*, n°s 932 et sq.

(681) op. cit., p. 208.

CONCLUSION

N° 65. Tel est, en dehors de toute réglementation législative, le statut de l'association *non reconnue* en droit italien, tel qu'il nous est apparu à la lueur des auteurs italiens et des principes généraux du droit. A vrai dire, ce régime permet, vaille que vaille, aux associations de poursuivre leurs fins, si, toutefois, on admet avec nous que l'interprète doit traduire en langage et en règles juridiques les aspirations pratiques des contractants. En particulier, si l'on reconnaît que dans l'association ouverte, la condition résolutoire, dont sont grevés les droits des associés dans le patrimoine social par suite de la clause d'accroissement, anéantit rétroactivement, quand elle se réalise, les aliénations antérieures de leur quote-part consenties individuellement par les associés et les saisies opérées par leurs créanciers personnels ; si l'on souscrit aussi, dans ces groupements ouverts, à la limitation à la quote-part sociale de la responsabilité des associés dans les obligations contractuelles de l'association. Non pas, on l'a vu, que la seule volonté de l'associé soit efficace à détacher de son patrimoine propre sa part dans le patrimoine social, à soustraire à partie de ses créanciers des biens et des droits dont il demeure titulaire, mais le caractère conditionnel d'un droit affecte ce droit lui-même *erga omnes*; non pas, d'autre part, que la volonté des associés limite à elle seule le gage de leurs débiteurs, mais leur intention certaine de n'être tenus que jusqu'à concurrence de

leur part sociale ne peut être méconnue de bonne foi par ceux qui consentent à entrer en rapports contractuels avec le groupement. De ces deux conclusions essentielles, — qui rapprochent l'association non reconnue de la personne morale elle-même, — les justifications ainsi données n'intéressent pas seulement l'analyse juridique, mais entraînent des conséquences pratiques. D'abord, l'annulation rétroactive des aliénations individuelles de part et des saisies opérées par les créanciers personnels est subordonnée à la réalisation de la condition, c'est-à-dire à la mort ou au retrait de l'associé avant la dissolution de l'association, et, précisément, l'existence de l'association sera peut-être compromise par les infidélités des membres ou les saisies de leurs créanciers, en sorte que la condition résolutoire du droit de l'associé ne se produira peut-être pas ; d'autre part, la limitation de responsabilité, basée sur l'acquiescement du co-contractant, est étrangère aux obligations extra-contractuelles, ou, plus exactement, à toutes les obligations sociales qui se forment indépendamment de la volonté du créancier : ni l'autonomie du patrimoine social, ni sa responsabilité exclusive ne sont donc, en fait, assurées. Et cela suffirait à mettre l'association non reconnue dans une situation précaire, inférieure, si cette autonomie même relative, et cette responsabilité limitée des seules obligations contractuelles n'étaient elles-mêmes généralement méconnues ou formellement repoussées. Ajoutez, enfin, l'incompatibilité du renouvellement incessant du personnel dans le groupement ouvert avec l'organisation de la publicité immobilière, incompatibilité qui entraîne presque inéluctablement le recours à l'expédient dangereux de la propriété fiduciaire. C'en est trop pour illustrer la conclusion de notre étude, à savoir : que le divorce introduit par le droit moderne

entre groupement licite ouvert et personne morale aboutit à ce paradoxe que la volonté des contractants est déclarée licite et que leur est refusé en même temps le seul moyen juridique de réaliser efficacement cette volonté : certes, le droit d'association doit être subordonné aux exigences de l'ordre public ; mais dans les limites où ce droit est admis, pourquoi la loi lui refuse-t-elle la réglementation qui seule lui convient, et l'étrique-t-elle comme à plaisir dans un vêtement juridique qui n'est pas fait pour lui ?

Sous la réserve de ce vice initial, dont la responsabilité remonte, en définitive, au législateur, les travaux des juristes italiens sur l'association non reconnue ont le grand mérite de faire justice du vieux sophisme, qui frappait d'incapacité complète les associés agissant en cette qualité sous le prétexte fallacieux d'interposition de personne au profit d'une personne morale de fait, radicalement incapable : on sait, en effet, comment, dans d'autres pays, sans se contenter de refuser le régime de la personnalité morale à l'association, on avait cru pouvoir ressusciter cette personne morale inexistante pour couvrir en quelque sorte de son ombre toute l'activité des personnes physiques des associés ; ce n'est pas, d'ailleurs, que le paradoxe ait été complètement confondu en Italie même, puisque sous une forme complexe, il inspire encore la jurisprudence et une bonne partie de la doctrine dans une question grave : celle des legs adressés par soi-disant personne interposée aux congrégations religieuses dont la personnalité morale a été supprimée. Sur un autre terrain, chez nous presque entièrement vierge, c'est sans réserve que les efforts de la doctrine italienne peuvent être loués : nous voulons parler des rapports entre associés, à propos desquels les recherches ont été couronnées des résultats que l'on a vus.

Vu : *Le Doyen :*
F. Larnaude.

Vu : *Le Président de la Thèse :*
H. Lévy-Ullmann.

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris :
C. Appell

IMP. G. SAUTAI, LILLE.

TABLE DES MATIERES

Le Contrat d'association en Italie

DEUXIEME PARTIE

Conséquences du rapport juridique d'association

Ire Section. — Rapports entre associés

IIe Section. — Rapports des associés avec les tiers

Appendice a la IIme Partie

361